Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei strafprozessualen Maßnahmen

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
vorgelegt von
Gerichtsreferendar Dietrich Schütz
aus Heilbronn

– 1969 –

Druck A. Scholz & Co.

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters
2. Berichterstatter: Professor Dr. Horst Schröder

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1969

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547611_0029

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei strafprozessualen Maßnahmen

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen
vorgelegt von
Gerichtsreferendar Dietrich **Schütz**
aus Heilbronn

– 1969 –

Druck A. Scholz & Co.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Karl Peters

1. Berichterstatter: Professor Dr. Karl Peters
2. Berichterstatter: Professor Dr. Horst Schröder

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Februar 1969

Inhaltsübersicht

1. Teil: Die Entwicklung des Verhältnismäßigkeits=grundsatzes 1

I. Die Ausformungen der Verhältnismäßigkeit

A) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (i.w.S.)

Komplexer Mittel-Zweck-Begriff- Abwägung von Gemeinschaftsinteressen und Einzelinteressen ohne weitere Sonderung

B) Die Aufteilung

a) Die Geeignetheit einer Maßnahme 2

b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. 3

-Erforderlichkeit und fehlendes öffentliches Interesse- das Gebot des Mindesteingriffs- der übermäßig schwerwiegende 4
Eingriff- begriffliche Unterscheidung- 5
Schwierigkeiten in der praktischen Handhabung- Beispiel 6

c) Sachlich begründete Aufteilung 7

C) Die Terminologie

a) Der Begriff der Verhältnismäßigkeit in Rechtsprechung und Schrifttum

-das Verbot des Übermaßes 8

b) Vieldeutigkeit des Verhältnismäßigkeits- oder Angemessenheitsbegriffs

c) Terminologische und systematische Trennung 9

Zusammenfassung 10

II. Der Ursprung des strafprozessualen Grundsatzes 11

A) Verhältnismäßigkeit im vorkonstitutionellen Strafprozeß

a) Die Zwangshaft gegen aussageverweigernde Journalisten

-Resolution des Deutschen Journalistentags vom 22.8.1875

b) Untersuchungshaft und Haftunfähigkeit 12

-Verhältnismäßigkeit als nicht nachprüfbare Verhaltensmaßregel des Richters- Verkörperung im allgemeinen Rechtsgedanken der Güterabwägung

c) Zeugenaussage und Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung 13

d) Verhältnismäßigkeit als Ausprägung des „Normalurteils" im Prozeßrecht (These Sauers) 14

e) Rechtsprechung

-gewaltsame polizeiliche Haussuchung- Untersuchung in einer Heil- und Pflegeanstalt-gewaltsame vorläufige Festnahme 15

f) Verhältnismäßigkeit als überlieferter Grundsatz der StPO

-unverbindlicher Verhaltensmaßstab- Grenze der Zulässigkeit- Thesen Belings, Sauers, C. Schmitts- Stellungnahme des Schrifttums- Verhältnismäßigkeit als immanente Schranke der Normgeltung- übergesetzlicher Rechtssatz 16 17 18

B) Heutige Ableitung der Verhältnismäßigkeit 19

a) Allgemeines Rechtsstaatsprinzip

-Vielschichtigkeit des Rechtsstaatsbegriffs 20
-Individualisierungstendenz- Betonung des materiellen Moments der Gerechtigkeit und des Grundrechtsschutzes- Bestimmungsort 21

b) Rechtsgrundlage im Grundgesetz 22

-Ableitung aus Art 2 I GG- aus Art 2 II GG- aus Art 19 II GG- absolutes und relatives 23

Verbot der Wesensgehaltsantastung

Zusammenfassung 24

2. Teil: Grundlegende Probleme 26

I. Die Übernahme der Verhältnismäßigkeit in das heutige Strafverfahren

A) Verhältnismäßigkeit in strafprozessualen Gesetzen

a) Unmittelbare Aufnahme in §§ 112 I 2, 120 I 1 StPO; 13 III Nr 2 LPrG; RiStV Nr 37,51 I,II

b) Gedankliche Ausprägungen

B) Der Einfluß des Verfassungsrechts 27

a) Das Übermaßverbot als „besonderer Rechtsgrundsatz des Verwaltungsrechts" 28

b) Ausdruck eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzips

-enge Verbundenheit des Strafverfahrens mit dem Verfassungsrecht 29

C) Die Eingliederung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Strafverfahren

a) Das politische Moment

-die Bedeutung des Grundgesetzes- Menschenrechtskonvention- außerprozessuale Werte als Grenzen der Wahrheitsfindung 30

b) Wandlung des Strafverfahrens

-Grundsatz der von vornherein begrenzten Aufklärungspflicht- Ausdehnung des materiellen Strafrechts 31

c) Vergleich strafprozessualer und verwaltungsrechtlicher Maßnahmen

-die Meinung Peters' -Stellungnahme des BJM- das BVerfG- das BVerwG 32 33

d) Polizeiliche Tätigkeit und Straf=verfolgung

-Zusammenarbeit der Polizei mit der Staatsanwaltschaft- Ordnung und Sicher=heit innerhalb der Rechtsgemeinschaft- Präventionswirkung des Strafrechts und der Strafverfolgung- Hilfsbeamte der Staats= anwaltschaft- vergleichbare Maßnahmen: Erkennungsdienst- Beschlagnahme- Durch= suchung- Festnahme- Sistierung- Vorführung- Vorladung- abschließende, bundesrechtliche Regelung der Befugnisse der Strafverfolgungs= behörden 34 35 36 37 38

e) Die Anwendung unmittelbaren Zwangs 39

-Geltungsbereich des PolG und des UZwG- sinnvolle Auslegung der StPO- Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit als einschränkendes Regulativ 40 41

f) Organische Eingliederung des Grundsatzes 42

-allgemeine Gültigkeit im Strafprozeß

Zusammenfassung 43

II. Die Interessenabwägung 45

A) Das allgemeine Prinzip

a) Ausgleich gegensätzlicher Interessen

-Strafverfolgung und Rechte des einzelnen Bürgers

b) Einzelfallabwägung

B) Der Eingriff in die Rechte des Bürgers - das Mittel

a) Gewicht des verletzten Rechtsguts, Umfang und Zeitdauer des Eingriffs 46

b) Unmittelbarer Eingriff und Nebenfolgen einer Maßnahme

-Frage der Vorhersehbarkeit- klar sich abzeich=nende Beeinträchtigungen- Eigengefährdung des Beschuldigten- gesellschaftliche Sanktionen- Beispiel 47 48 49

C) Die Aufklärungspflicht der Strafverfolgungs= organe 50

a) Die Höhe der zu erwartenden Strafe

-Unterstellung des Schuldnachweises im Zeit= punkt der Prozeßmaßnahme- erschwerte Voraus= schau zu Beginn der Ermittlungen- Strafaus= setzung zur Bewährung, bedingte Entlassung, Ersatzgeldstrafe 51

b) Die Bedeutung der Strafsache 52

-die Meinung Baumanns- Kritik- das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung eines Sach= verhalts 53

c) Erschwerte Ermittlungen infolge des Verhaltens des Beschuldigten

-objektiver Begriff der Verhältnismäßigkeit- unterschiedliche Bewertung im Erforderlich= lichkeits- und im Verhältnismäßigkeitsprinzip 54/55

d) Strafverfolgungsinteresse bei Präventivmaßnahmen

-Begriff der öffentlichen Sicherheit- Erforder= lichkeitsgedanke- geringer Spielraum des Ver= hältnismäßigkeitsprinzips 56

D) Die Verhältnismäßigkeitsabwägung 57

a) Unmittelbare Abwägung der konkreten Gemein= schafts- und Individualinteressen

b) Grober Maßstab der Verhältnismäßigkeit 58

-empfindliche Interessenabwägung- Spiel= raum im Begriff des Angemessenen- krasses Mißverhältnis der beteiligten Interessen- 59
Starre und Beharrungsvermögen der Prozeß= ordnung- Beispiele 60

c) „Offene" Interessenabwägung 61

-unterschiedliche Anknüpfungspunkte- Ausgang vom Gesetz- von genereller Unzulänglichkeit einer Maßnahme 62

Zusammenfassung 63

III.) Der Einfluß der Prognose im Strafverfahren 66

A) Das Problem

a) Die voraussichtliche Strafe

b) Einfluß der Verdachtsstärke auf die Interessen=abwägung

c) Begriff der „drohenden Gefahr" im Polizeirecht 67

-frühzeitigere Eingriffsmöglichkeit im Straf=verfahren- starke Belastung des vermutet un=schuldigen Beschuldigten

B) Maßnahmen zur Festellung der Schuldfähigkeit 68

a) Eingriffe der Strafverfolgungsorgane in die körperliche Unversehrtheit und Freiheit des Beschuldigten, §§ 81a, 81 StPO

-die Untersuchung in einer Heil- und Pflege=anstalt

b) Hirnkammerluftfüllung und Liquorentnahme 69

-Tatverdacht bei § 81a StPO als Problem der Auslegung- besondere Verfahrensgestaltung- entscheidungserhebliche Zurechnungsfähigkeit- Eingriffe „der Reihe nach" - 70

c) Ausdehnung des Übermaßverbots auf die pro=zessualen Voraussetzungen eines Eingriffs

-keine Abwägung materieller Interessen- 71
Auslegungsproblem und übergesetzliche Ab=wägung- vermeidbare Konstruktion des „verhält=nismäßigen" Tatverdachts- Zeitunabhängigkeit 72
der schuldfeststellenden Maßnahme- Beschwer
durch Freispruch nach § 51 I StGB- Verfahrens= 73
gestaltung- Schutz vor frühzeitigen, vielleicht 74
überflüssigen Eingriffen- Subsidiarität 75

C) Die Sachverhaltsaufklärung

a) Der Meinungsstand

-Schwere des Delikts und Dringlichkeit des
Tatverdachts im Schrifttum- dreifache Stufung 76
des Tatverdachts bei strafprozessualen Ermitt=lungen- das Spiegel-Urteil des BVerfG- 77
„dissenting opinion" - die Meinung Jaguschs

b) Kritik 78

-erhöhtes Allgemeininteresse bei stärkerem Tat=verdacht und höherer Erfolgsvermutung- Sprengung des überkommenen Mittel-Zweck-Verhältnisses- 79
voraussichtliche Strafe und Schwere der Maßnahme- 80
Praktikabilität- „frühzeitige" und „schwere" 81
Eingriffe- Relativierung der Unschuldsvermutung- allgemeiner Zumutbarkeitsgrundsatz- Maßstab der 82
verhältnismäßigsten Beziehung- Rechtssicher=heit- Bestandteil des freien Ermessens 83

D) Einordnung des Strafverfolgungsinteresses nach dem Verfahrensstand 84

a) Tatverdacht als allgemeine Zulässigkeitsschranke

-unterschiedliche Anforderungen nach Verfahrens=stadium und Art der Maßnahme- Entscheidung des OLG Bremen

b) „Dringender Tatverdacht" und hohe Wahrschein=lichkeit der Bestrafung beim Erlaß eines Haft=befehls 85
-mögliche Aussetzung zur Bewährung oder vor=zeitige Entlassung

„konkreter Verdacht" einer Straftat bei Er=mittlungsmaßnahmen 86
-Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Presse=verlag

„hinreichender Tatverdacht" bei Maßnahmen nach Eröffnung des Hauptverfahrens
-Liquoretnnahme, Abspielen eines Tonbands- 87
veränderte Rechtslage gegenüber dem Ermittlungs=verfahren- Urteil

Zusammenfassung 88

IV.) Der Umfang der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß 91

A) Die Verhältnismäßigkeit zwischen Anlaß und Mittel

a) Sprengung der aus dem Verwaltungsrecht über=nommenen Mittel-Zweck-Richtung des Grundsatzes

-Entzug der Verteidigungsbefugnis- vorläufige Unterbringung-

b) Rückbezogenheit des Strafverfahrens 92

-Verhältnismäßigkeit des strafprozessualen Eingriffs zu seinem Anlaß-

c) Allgemeines Prinzip prozessualer Ausgeglichenheit 93

-Mindestschwere der die Maßnahme auslösenden Tat- angemessener Zweck 94

B) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeines Maßprinzip

-Prinzip des gebotenen Mittels zum berechtigten Zweck (Benedict Carpzov)

a) Verbotene Beweismethoden gegenüber dem „ausgekochten" Verbrecher 95

b) Maßnahmen ohne gesetzliche Grundlage 96

-Verletzung der Intimsphäre- heimliche Tonbandaufnahme bei überwiegendem Strafverfolgungsinteresse- Maßnahmen innerhalb des geschützten Bereichs der Pressefreiheit 97

c) Kritik im Schrifttum 98

-verfassungsmäßige Garantie und Normschutz-

Legalitätsprinzip und Aufklärungsmaxime- subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit eines Eingriffs 99

d) Verhältnismäßigkeitsprinzip, kein Mittel zur Sicherung wirksamer Strafverfolgung

-reines Maßprinzip- Schutzrichtung des Grundsatzes in Art 19 II GG- materiell-wertende Verstärkung des Gesetzesvorbehalts- keine strafprozessuale Form der „Wahrung berechtigter Interessen" 100 101

C) Verhältnismäßigkeit und Grundrechte

a) Schutzgrund der Verhältnismäßigkeit in den Werten des Einzelnen

b) keine Koordination gegensätzlicher Staatsinteressen 102

-polizeiliche Generalklausel

c) Beispiele 103

d) Eingriffe in Grundrechte 104

-Verwaltungs- und Polizeirecht- strafprozessuales Schrifttum- BVerfG- Bedeutung des Verfolgungszwangs- Spröde der Prozeßordnung- wirtschaftliche Interessen 105 106 107

e) Griffigkeit des strafprozessualen Grundsatzes 108

Zusammenfassung

III. Teil: Einzelfragen 110

I.) Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

A) Die Situation im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

a) Verhältnismäßigkeit als dem Gleichheitsbegriff immanenter Rechtssatz

b) Unterschiedliche Anknüpfungspunkte 111

-strukturelle Verschiedenheit

B) Das Gleichheitsprinzip im Strafverfahren 112

a) Das Legalitätsprinzip

-Spannungsverhältnis zum Übermaßverbot

b) Bedeutung der Schwere der verfolgten Tat und der Rechtsgüter des Beschuldigten im Strafverfahren 113

-Opportunitätsprinzip- Zeugnisverweigerungs= rechte- § 136a StPO

c) Grenzen des Verfolgungszwangs

-Sachverhaltsprägende Wirkung der Mittel-Zweck- Bezeihung- materielle Wertung und Abwägung 114

Zusammenfassung 115

II.) Das Übermaßverbot als Maßnahmehindernis 116

A) Der Ausschlußgrund

a) Die Ausprägung der Verhältnismäßigkeit im Haft= recht, §§ 112 I 2, 120 I 1 StPO

-das Schrifttum- die Fassung des Gesetzes- 117
in dubio pro reo- negative Haftvoraussetzung- 118
Offensichtlichkeit und Prüfungspflicht

b) Übergesetzlicher Ausschlußgrund 119

-Vermutung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm- 120
-Ausgang von der abstrakten Norm- Praktikabi= 121
lität

B) Verhältnismäßigkeit und strafverfolgungsfreier Raum (Anhang: Das Frageverbot) 122

a) Strafprozessuale Eingriffsverbote

-eigenständige Schranke des Übermaßverbots

b) Zeugnisverweigerungsrecht der Presse

-Beugehaft- Eingriff in die Pressefreiheit durch gerichtliche Vernehmung- Frageverbot 123

Zusammenfassung 124

III.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Auslegungs= maßstab 126

A) Auslegung am Wertmaßstab der Grundrechte

a) Gültigkeitsmaßstab und Auslegungsgrundsatz in Rechtsprechung und Schrifttum

b) Verfassungskonforme und grundrechtswertbe= zogene Auslegung 127

B) Die Grenzen der Auslegung nach dem Verhältnis= mäßigkeitsprinzip

a) Verhältnismäßigkeit als Stütze der Auslegung „im Lichte der Bedeutung des Grundrechts" 128

b) Auslegung nach dem Grundsatz der Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Verhältnismäßigkeit 129

-das Urteil des BVerfG zu §§ 112 IV, 116 StPO- 130
rechtsstaatlich geeigneter Haftgrund- Ver=
körperung der Verhältnismäßigkeit in Ermessens= 131
normen

c) Auslegung und Rechtsfortbildung 132

-Grenze des mit dem Wortlaut noch vereinbaren 133
Gesetzessinns- verfassungskonforme Rechtsfort=
bildung contra legem 134

Zusammenfassung

IV.) Verhältnismäßigkeit und Ermessen 136

A) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ermessensbestandteil

a) Gesetzesbestimmungen

-Ermessenspielraum trotz Übermaßes

b) Das ältere Schrifttum

-im Verwaltungs- und Polizeirecht- nicht nachprüfbare Direktive des Richters im Strafprozeß 137

B) Die Verhältnismäßigkeit als Rechtsbegriff 138

a) Meinungsstand im Verwaltungsrecht

b) Maßnahmeverbot im Strafprozeßrecht

-§§ 112 I 2, 120 I 1 StPO- Wesensgehalt der Grundrechte- Muß- und Kannvorschriften 139 140

C) Subsidiarität des Ermessens

a) Verhältnismäßigkeit als Voraussetzung der Ermessensprüfung

b) Grenzprobleme zwischen Verhältnismäßigkeit und Ermessen 141

-„verhältnismäßiger" Tatverdacht und Erfolgsaussicht- Gleichwertigkeit der Einzelinteressen und des Strafverfolgungsinteresses- politische Gesichtspunkte 142

Zusammenfassung

V.) Prozessuale Auswirkungen 144

A) Das Eingriffsverbot

a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Schranke prozessualer Beweiserhebungsmaßnahmen

b) Eingriffe durch das erkennende Gericht

-unmittelbares Beweisverbot- Wertungen des Tatrichters- § 244 II, 245 S.1 StPO- Übermaßverbot und Art 2 I GG 145 146 147

B) Verwertungsverbot nach unverhältnismäßigem Eingriff 148

a) Gesetzliche Verwertungsverbote

-Fortentwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum- systematische und pragmatische Methode

b) Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip 149

-der Meinungsstand- überwiegende Interessen der Gerechtigkeit- verfassungsrechtliches Verwertungsverbot- Wesen des Verhältnismäßigkeitsprinzips 150

c) Stellungnahme

-Beweiswert- Prozeßstrafe- Erfordernisse eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens- sittlicher Anspruch des Strafprozesses- nachträgliche Änderung der Rechtslage- rechtsmäßige Erlangung und Verwertbarkeit- Praktikabilität- 151 152 153/154

C) Rechtsmittel 155

a) Beschwerde, Revision, Verfassungsbeschwerde

-Eingriff in den eigenen Rechtskreis- justizförmiges Verfahren

b) Unbestimmter Rechtsbegriff 156

-Beachtung eines Bewertungsspielraums

Zusammenfassung

Erster Teil:

Die Entwicklung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

I) Die Ausformungen der Verhältnismäßigkeit

A) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn (i.w.S.)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erscheint in Rechtsprechung und Schrifttum weithin als umfassender Rechtssatz. Er setzt Mittel und Zweck staatlicher Maßnahmen zueinander in Beziehung und stimmt Gemeinschaftsinteressen und Individualinteressen aufeinander ab.[1] Dieses Prinzip der Verhältnismäßigkeit versucht, Belange der Allgemeinheit und des Einzelnen zu einem Ausgleich zu bringen; es schlüsselt aber die Grundlagen des angestrebten Gleichgewichts nicht weiter auf. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S. unterscheidet nicht - ins Einzelne gehend - zwischen der Geeignetheit eines Eingriffs, der Frage der Erforderlichkeit und dem Problem der Verhältnismäßigkeit im engen Sinn (i.e.S.).[2]

B) Die Aufteilung

Das weite Prinzip der Verhältnismäßigkeit läßt sich in unterschiedlich ausgestaltete, systematisch selbständige Rechtssätze gliedern.[3]

---

1) BVerfG NJW 66, 1603 (1607); 291 (292); 19, 330 (337); 17,108 (117); s.a. Forsthoff LB S.271,275; Rupp S. 194

2) vgl. Rupp aaO

3) OLG Hamm NJW 60,1400 (1401); Bender NJW 55,938; von Krauss S.15,18; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4a,b

a) Jede Verhältnismäßigkeitsabwägung geht aus von der Prüfung der Geeignetheit einer Maßnahme.[4] Steht das Mittel, das eingesetzt werden soll, überhaupt in einem Verhältnis zum Zweck - kann es diesen Zweck rechtlich und tatsächlich verwirklichen?

aa) Diese Frage nach der zweckbezogenen Tauglichkeit einer Maßnahme stellt Tiedemann[5] bei der Untersuchung, wieweit § 30 StGB verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Wenn mit der Strafe Vergeltung der Tat, Abschreckung und Besserung des Schuldigen erreicht werden solle, so stehe es außerhalb jeden Verhältnisses, dieses Ziel durch Vollstreckung der Geldstrafe in das Vermögen Dritter, den Nachlaß zu erreichen. Die Beeinträchtigung Dritter könne nicht Sinn und Hauptziel einer „am Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten" Strafe sein.

bb) Bei der Frage, ob die Erregung der Bevölkerung über eine Straftat den Erlaß eines Haftbefehls rechtfertige, stellt sich für Baumann [6] eine ähnliche grundsätzliche Problematik. Aufgabe des Strafverfahrens sei es, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen, nicht einer empörten Öffentlichkeit durch Verhängung der Haft Rechnung zu tragen. Die Untersuchungshaft dürfe nicht ihrem eigentlichen Zweck entfremdet werden. Unter Beachtung dieser Überlegungen müsse das „andere Verhältnismäßigkeitsglied" der Haft gefunden werden.

Mittel und Zweck eines Eingriffs müssen sich danach miteinander verbinden lassen; sie müssen überhaupt in einer Rechtsbeziehung zueinander stehen.[7] Hier zeigt sich das Problem der Eignung einer Maßnahme.

---

[4] BVerfG NJW 66,291; 19,337; s.a. Baumann JZ 62, 652,692; Tiedemann GA 64,353 (372); Hall/Peter JuS 67,355(363); AG.Berlin-Tiergarten NJW 68,61(62); Gentz NJW 68,61

[5] Tiedemann aaO

[6] Baumann aaO S.652

[7] vgl.a.Peters "Kriminalpolitische Stellung" S.196 bb

b) Die Frage nach dem „richtigen" Verhältnis von Mittel und Zweck beantworten die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S.

aa) Der Erforderlichkeits- und Notwendigkeitsgrundsatz teilt sich in zwei Unterbegriffe auf.[8)]

(1) Obrigkeitliche Eingriffe sind erst dann geboten, wenn an der Erreichung ihres Ziels ein öffentliches Interesse besteht.[9)] Das kann fehlen bei geringer Bedeutung einer Maßnahme: „minima non curat praetor" .

Der Zweck des Eingriffs erreicht in solchen Fällen nicht das Gewicht, das ein hoheitliches Handeln voraussetzt und erfordert. Die Bedeutung des Zwecks durchbricht noch nicht die Schranke der Mindestanforderungen für Maßnahmen der öffentlichen Gewalt. Staatliche Mittel brauchen bei dieser Sachlage nicht eingesetzt zu werden.

(2) Wenn die Umstände ein behördliches Einschreiten verlangen, so wird nach dem Grundsatz des Mindesteingriffs von zwei gleichgeeigneten Mitteln die Maßnahme angeordnet, die den betroffenen Bürger am wenigsten belastet.[1o)] Nur sie ist notwendig, da sie das Ziel des Eingriffs unter möglichster Schonung persönlicher Rechte erreicht.

Dieser Grundsatz ist in § 116 StPO ausgeprägt. Der Haftrichter setzt die Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr oder Verdunklungsgefahr aus, wenn sich ihr Zweck durch weniger einschneidende Maßnahmen verwirklichen läßt, etwa durch Meldezwang, Sicherheitsleistung oder Verbot der Fühlungnahme mit Zeugen und Mitbeschuldigten.

bb) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i.e.S. setzt Maßnahmen voraus, die zur Zweckverwirklichung geeignet und erforderlich sind. Dieses Prinzip schließt einen übermäßig schwerwiegenden Eingriff aus, obgleich

---

8) vgl Bachof II Nr. 312; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4a (1)

9) Bachof aaO; Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 61,63; Lerche S.224 - Scheidelinie zur Willkür; a. A von Krauss S.17

1o) BVerfG 7, 377 (41o); von Krauss S.15 ff, 68

er - aus der Sicht des Staates gesehen - berechtigte Belange der Allgemeinheit verfolgt und eigentlich geboten ist. Auch die mildeste Maßnahme soll jedoch unterbleiben, wenn zwischen dem Eingriffsziel und den angegriffenen Rechten des Einzelnen ein grobes Mißverhältnis besteht. Die persönlichen Interessen des Beschuldigten überwiegen nun gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Vornahme des Eingriffs.[11)]

So darf nach § 113 StPO die Untersuchungshaft bei leichteren Delikten nicht angeordnet werden, obwohl Verdunklungsgefahr und Fluchtgefahr nicht auszuräumen sind. Angesichts des geringen Deliktsvorwurfs überwiegt das persönliche Freiheitsinteresse des Verdächtigen gegenüber dem Ziel des Staates, das Strafverfahren störungsfrei und unbehindert durchzuführen.

(1) Dieser Grundsatz der Verhältnismäßigkeit führt eine Stufe weiter als das Gebot des Mindesteingriffs. Er verbietet nicht nur die besonders belastende Durchführung einer Maßnahme, deren Zweck die staatlichen Organe auch auf anderem Weg erreichen können. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit untersagt weitergehend die Erreichung eines bestimmten Ziels, wenn selbst das schwächste Mittel zu einer überschweren Belastung persönlicher Rechte führte. Der Grundsatz ergänzt damit die Schutzposition des Bürgers, die schon im Gebot des Mindesteingriffs besteht.[12)]

(2) Schwierig und umstritten ist die Unterscheidung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. gegenüber dem Teil des Erforderlichkeitsprinzips, das entscheidet, ob eine hoheitliche Maßnahme überhaupt geboten ist (s.oben S.3 aa (1)).

aaa) Von Krauss teilt den Gedanken des „minima non curat praetor" dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.e.S. zu.[13)] Er rechnet unter das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch die Fälle, bei denen der geringe Zweck von vornherein Eingriffe in persönliche Rechtsgüter unterbindet.

---

11) von Krauss S.16; Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 63; Art 20 Rdnr 115 Fsn 2

12) Lerche S.223

13) von Krauss S.17

Ähnlich versuchte Dürig diese Überlegungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit miteinander zu verbinden.[14] Wo private Rechte den öffentlichen Belangen vorgingen, fehle eben das öffentliche Interesse an einer Maßnahme. Unverhältnismäßigkeit sei daher rechtstechnisch nichts anderes als mangelndes öffentliches Interesse an der Vornahme eines Eingriffs.

bbb) Die Lösung Dürigs kann auf den ersten Blick verblüffen. Seine Argumentation beruht jedoch auf einem Zirkelschluß;[15] sie setzt voraus, was erst bewiesen werden soll. Es fragt sich gerade, ob nicht eine Maßnahme im öffentlichen Interesse notwendig sein kann, auch wenn sie den Betroffenen unverhältnismäßig belastet.

Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit i.e.S. und der Erforderlichkeit lassen sich richtigerweise nicht miteinander verschmelzen. Eine systematische Aufspaltung des weiten Verhältnismäßigkeitsprinzips nötigt zu unterscheiden, ob eine Maßnahme im öffentlichen Interesse überhaupt erforderlich ist oder ob sie, obwohl geboten, wegen höherer Individualinteressen im Einzelfall unterbleiben muß. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit i.e.S. setzt logisch voraus, daß ein behördliches Einschreiten „eigentlich notwendig" ist. Im Strafprozeß wird man den Erforderlichkeitsgedanken daraufhin festlegen, ob eine Maßnahme unter rechtspolitischer und ökonomischer Betrachtung aus der Sicht des Staates zweckmäßig und sinnvoll erscheint oder nicht. Ist dieses öffentliche Interesse an einem Eingriff gegeben, und sollen an sich achtenswerte Belange der Strafverfolgung gegenüber einem höheren Persönlichkeitsinteresse zurücktreten, so liegt ein Problem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i.e.S. vor.

(3) Diese richtige begriffliche Trennung[16] läßt sich jedoch nur schwer auf die Praxis übertragen und verwirklichen. Die Einschränkung staatlicher Strafverfolgung kommt zwangsläufig dem Einzelnen zugute. Sie wirkt sich als persönliche

---

[14] Dürig JZ 53,199

[15] vgl Lerche S.223/224

[16] Bachof II Nr 312; Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 63

Begünstigung aus: der Bürger bleibt von strafrechtlichen Maßnahmen verschont.

Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit kann man daher nur unterscheiden, wenn man auf das leitende Motiv einer Regelung abhebt. Beschränkt sich das Strafverfahren gewissermaßen im eigenen Interesse und aus überwiegend prozeßbedingten Überlegungen, oder schützt das Unterbleiben einer Maßnahme in erster Linie die außerprozessualen Rechte des betroffenen Bürgers?

aaa) Die Literatur ordnet das Opportunitätsprinzip, §§ 153 ff StPO, in den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein. [17] Sie würdigt insoweit die Rücksichtnahme auf den Beschuldigten, dem unbillige Härten durch die Einstellung des Verfahrens erspart bleiben, s.RiStV 73 I 2. Das erschöpft aber den Sinn der Vorschrift noch nicht. Die Aussparung der Bagatellsachen soll die Ermittlungsbehörden entlasten, die Untersuchung auf gewichtige Straftaten konzentrieren und das Verfahren beschleunigen. Die §§ 153ff StPO - vgl §§ 153 I, 154, 154a - dienen hauptsächlich dem Interesse wirksamer Strafverfolgung und zweckmäßiger Verfahrensgestaltung. Die Frage der Einstellung oder Durchführung eines Strafprozesses zielt auf das Problem der Notwendigkeit hin. Strafverfolgungsmaßnahmen lohnen sich bei manchen Bagatelldelikten nicht. Sie sind „entbehrlich" - so der Wortlaut im vergleichbaren Jugendstrafverfahren, §§ 45,I 1, 47 I Nr.1 JGG - und daher nicht erforderlich.

bbb) Ähnliche Überlegungen bestimmen die Einordnung der vorläufigen Unterbringung nach § 126a StPO: Die öffentliche Sicherheit „erfordert" keinen Unterbringungsbefehl, wenn in Zukunft nur geringfügige Straftaten oder bloße Belästigungen von dem Beschuldigten zu erwarten sind. [18]

---

17) Peters LB S. 358; KMR (Müller) § 94 Vorb 4 b

18) Schwarz-Dreher § 42b Anm 2; Schönke-Schröder § 42 b Rdnr 14; vgl a.Baumann „Unterbringungsrecht" S.197, der die Grenze zwischen Gefährlichkeit und Lästigkeit vom Übermaßgedanken aus bestimmt. Baumann will den Begriff der Gefahr nicht „für sich, begrifflich oder philologisch" interpretieren, sondern „in steter Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit." Auch hier dient jedoch der Begriff der Verhältnismäßigkeit i.e.S. unrichtigerweise zur Festlegung der Erforderlichkeit einer Maßnahme. (s.o.S.5 bbb)

Solche Unannehmlichkeiten muß die Allgemeinheit tragen; sie sind kein Gegenstand und Ziel hoheitlicher Maßnahmen. Die einschränkende Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Sicherheit" [19] bewahrt auch die Freiheit des Beschuldigten vor einschneidenden Maßnahmen; darin zeigen sich jedoch nur Nebenwirkungen des Erforderlichkeitsgedankens.

c) Man könnte daran zweifeln, ob die Unterscheidung nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit innerhalb des allgemeinen Übermaßverbots berechtigt und erforderlich ist. Die Probleme decken sich teilweise bei den Rechtssätzen und können sich überschneiden. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, Erforderlichkeit und Geeignetheit verfolgen aber im einzelnen unterschiedliche Ziele und Wirkungen; ihr dogmatischer Aufbau und ihre Funktionen sind nicht einheitlich. Die Aufteilung der Verhältnismäßigkeit i.w.S. ist deshalb sachlich begründet.

Die weitere Abhandlung geht vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.e.S. aus, künftig nur noch „Verhältnismäßigkeit" genannt. Das Problem der Eignung und Erforderlichkeit einer Maßnahme soll nur am Rande geprüft werden, soweit es mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit besonders verflochten ist.

C) Die Terminologie

a) Der Begriff „Verhältnismäßigkeit" dient in Rechtsprechung und Schrifttum als Bezeichnung für den übergeordneten, umfassenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiten Sinn (i.w.S.) [20], für die Geeignetheit [21], für den notwendigen und für den unverhältnismäßigen Eingriff im engen Sinn.[22]

---

19) vgl. a. Schwarz-Kleinknecht § 126a Anm 1 B

20) BVerfG NJW 66, 1603 ff; von Krauss S. 15,18

21) BVerfG NJW 66,291, Baumann JZ 62,652; 692; Tiedemann GA 64, 372

22) BGH DÖV 53,543; 55,729; BVerwG 13,259; 17,122 (125); 127(132); H.Krüger DÖV 56,554; von Krauss S.15; Lerche S.25

Parallel zum GRundsatz der Verhältnismäßigkeit steht das „Verbot des Übermaßes". Dieser Ausdruck wird ebenfalls mehrdeutig für den Oberbegriff [23] und die Unterbegriffe Verhältnismäßigkeit i.e.S. [24] und Erforderlichkeit [25] gebraucht.

b) Diese Unschärfe in der Terminologie beruht auf der Vieldeutigkeit des Wortes Verhältnismäßigkeit. Auch die ungeeignete und unnötige Maßnahme steht nicht im -richtigen- Verhältnis zum angestrebten Zweck. Angesichts der verletzten persönlichen Interessen oder nach allgemeiner rechtspolitischer Betrachtung ist die Beziehung zwischen Mittel und Zweck gestört; der Einzelne wird durch solche Eingriffe „unverhältnismäßig" belastet. Eine Frage, die mit der gestörten Proportionalität von Mittel und Zweck zusammenhängt, wird daher - zu Recht - dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.w.S. eingeordnet.

Setzt man an die Stelle des Ausdrucks Verhältnismäßigkeit die Bezeichnung „Angemessenheit", so ergibt sich eine entsprechende Überlegung für das „Verbot des Übermaßes". Außerhalb des richtigen Maßes steht auch der Eingriff, der gar nicht oder nicht in dieser Intensität erforderlich war. Nicht bloß der „überschwere", sondern auch der „unnötige" Eingriff ist daher dem Übermaßverbot zuzurechnen. Der staatliche Akt ist beidesmal „unangemessen". [26] Der umfassende Begriff der Verhältnismäßigkeit i.w.S. läßt sich insofern auch als „Übermaßverbot" kennzeichnen [27].

---

[23] Maunz-Dürig Art 2 I Rdnrn 32,81 dd; Lerche aaO; Peters "Kriminalpolitische Stellung" S. 196: „Angemessenheit"

[24] BVerfG MDR 63,468; 16,2o2; 17,12o; Schwarz-Kleinknecht Einl 1E; s.a. Bachof II Nr 312 F_{sn} 114

[25] von Krauss S. 18 Fsn 77;

[26] s.Peters "Kriminalpolitische Stellung" S.196

[27] Lerche S.25

c) Der ausgedehnte Anwendungsbereich des allgemeinen Rechtssatzes der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit i.w.S. verlangt, die einzelnen Bestandteile des Prinzips systematisch zu ordnen und zu trennen. Die praktische Rechtsanwendung sollte zwischen der Eignung einer Maßnahme, dem Erforderlichkeitsgrundsatz und dem Gebot des Mindesteingriffs, sowie dem eigentlichen, engen Prinzip der Verhältnismäßigkeit begrifflich unterscheiden.[28] Der Gang einer Untersuchung klärt sich, wenn das allgemeine Verbot des Übermaßes in selbständige Begriffe aufgeschlüsselt wird. Die genaue Terminologie fördert eine sorgfältige Prüfung und Anwendung des Verhältnismäßigkeitsproblems und ermöglicht es, die Gedankenfolge übersichtlich zu führen und darzustellen.

Die hier vorgeschlagene Unterscheidung verhindert das Abgleiten und Verflachen des Prinzips zur vagen, unbestimmten Billigkeitsformel. Sie vermeidet Mißverständnisse, die von einem einheitlichen Begriff der Verhältnismäßigkeit ausgehen können. Die Aufgliederung ist deshalb nicht nur sachlich richtig,[29] sondern auch sinnvoll und notwendig.

Beispiel: Peters, LB S. 362, rügt an dem Urteil des BVerfG NJW 66, 772, die Schwere der Mordtat und die zu erwartende lebenslange Zuchthausstrafe ließen für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in § 112 IV StPO keinen Raum. Das ist richtig bei einer Anwendung der Verhältnismäßigkeit i.e.S., § 112 I 2 StPO. Der Einwand trifft aber für die Untersuchung des BVerfG nicht zu. Das Gericht prüft nämlich, ob die rechtsstaatlichen Beziehungen zwischen dem Freiheitsentzug durch Untersuchungshaft und dem erstrebten gesetzlichen Ziel in § 112 IV StPO gewahrt sind - eine Frage der „Geeignetheit" (s.u. S. 129 ff).

---

[28] richtig Reiff § 4 Anm I; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b; Bender NJW 55, 938

[29] Bachof II Nr. 312

Z u s a m m e n f a s s u n g I:

1.) Das allgemeine Übermaßverbot erscheint in drei Ausprägungen: den Grundsätzen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Das Problem der Geeignetheit erörtert, ob eine Maßnahme zur Erreichung des Ziels überhaupt tauglich ist und prüft die rechtliche und tatsächliche Verbindung zwischen Eingriff und Eingriffszweck. Der Erforderlichkeitssatz untersucht, wieweit eine Maßnahme im Hinblick auf den verfolgten Zweck notwendig ist, ob man sie nicht unterlassen oder durch ein milderes Mittel ersetzen kann, das den Betroffenen weniger belastet. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rundet diese Überlegungen ab: Er schaltet auch das geeignete und erforderliche Mittel aus, wenn seine Anwendung übermäßig schwere Nachteile für die Rechte des Einzelnen mit sich brächte.

2.) Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit sind in der praktischen Handhabung schwer zu unterscheiden, wenn fraglich ist, ob eine Maßnahme nach der konkreten Sachlage überhaupt erfolgen darf. Die Lösung des Problems muß darauf abheben, wieweit ein Eingriff vorwiegend aus Gründen der Strafverfolgung unterbleibt - fehlendes öffentliches Interesse - oder aber wegen allzu schwerer Nachteile für persönliche Rechte.

3.) In Rechtsprechung und Schrifttum werden die Begriffe „Verhältnismäßigkeit" und „Übermaß" uneinheitlich und mit verschiedener Sinngebung verwendet. Die beiden Fachausdrücke bezeichnen richtigerweise das umfassende Prinzip, das auf ein gestörtes Verhältnis von Mittel und Zweck und auf das fehlende Maß eines Eingriffs hinweist.

Die Rechtsanwendung gewinnt an Übersicht und dogmatischer Klarheit, wenn der allgemeine Grundsatz in seine einzelnen, untereinander selbständigen Bestandteile Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zerlegt wird. Diese Aufteilung vermeidet Mißgriffe und Mißverständnisse, die von einer einheitlichen Verwendung des mehrdeutigen Begriffs der Verhältnismäßigkeit ausgehen können.

II) Der Ursprung des strafprozessualen Grundsatzes

A) Verhältnismäßigkeit im vorkonstitutionellen Strafprozeß

a) Am 22.8.1875 formulierte eine Resolution des Deutschen Journalistentags[1] zum ersten Mal das Problem der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß. Die Entschließung forderte, das Zwangsmittel für aussageverweigernde Journalisten solle „im Verhältnis zu der den Beschuldigten selbst mutmaßlich treffenden Strafe" stehen. Mit diesem Verlangen wandte sich der Journalistenverband besonders gegen die Verhängung der Beugehaft, die von den Gerichten schroff und ohne Anerkenntnis eines beruflichen Schweigerechts der Redakteure gehandhabt wurde.

Die Reichsstrafprozeßordnung vom 1.2.1877 - in Kraft seit 1.1o.1879 - suchte dem Anliegen der Presse wenigstens teilweise zu entsprechen. Sie beschränkte in § 70 II RStPO die Haftdauer bei unberechtigter Zeugnisverweigerung, ohne aber durch die abstrakte Regelung unangemessene Härten im Einzelfall ausschließen zu können. In einem Schreiben vom 9.12.1907 an die Regierungen der Bundesländer wandte sich daher Reichskanzler von Bülow[2] gegen die strenge Praxis der Gerichte. Die Erzwingungshaft werde im Strafprozeß auch für Fälle angeordnet, bei denen der Zeugniszwang „weder zur Bedeutung der Sache noch zu dem voraussichtlichen Ergebnis der Maßnahme im richtigen Verhältnis stehe". Die formale Einhaltung der gesetzlich übertragenen Befugnisse rechtfertige ein solches Verfahren nicht. Das Gesetz überlasse die Anwendung der Zwangsmittel dem „verständigen Ermessen" des Gerichts; die Beugehaft solle nur verhängt werden, wo sie nach den Umständen des einzelnen Falles unerläßlich erscheine.

---

[1] abgedruckt bei Klug S.2o; Möhl S.26

[2] abgedruckt bei Klug S.25/26

b) In vergleichbarer Form wie bei der Zwangshaft fand der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu dieser Zeit auch Eingang im Recht der Untersuchungshaft. Müssen die Gerichte eine Verhaftung anordnen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorliegen? Darf der Strafrichter berücksichtigen, daß der Beschuldigte haftunfähig ist?

aa) In seiner Erwiderung auf einen Aufsatz Siegerts, JW 25, 929, erörterte Kohlrausch[3] die Übernahme des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aus dem Verwaltungsrecht in den Strafprozeß. Zwar widerstrebe es der staatsrechtlichen und prozessualen Stellung des Richters und seiner Bindung an das Gesetz, das Prinzip als verpflichtenden Rechtssatz im Verfahren aufzunehmen. Für einen verständigen Richter biete sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber als „allgemeine, dem nicht nachprüfbaren Ermessen anheimgestellte Direktive" an. Die prozessualen Normen müßten mit diesem Prinzip der Verhältnismäßigkeit in Einklang gebracht werden.

bb) Ähnlich wie Kohlrausch verlangte Klefisch[4], man solle in das Strafverfahren eine Bestimmung einfügen, „analog dem in Zivil- und Strafrecht geltenden Grundsatz des Vorrechts des höheren Rechtsguts über das geringere". Verhaftungen seien darnach verboten, wenn sie dem Beschuldigten schwere, nicht zu ersetzende Nachteile für Leben, Gesundheit, Ehre, Vermögen und Fortkommen brächten und das Interesse an der Strafverfolgung nicht überwiege.

cc) Beling hob für diese Problematik auf die „allgemeinen Rechtsgedanken (Notrecht, Güterabwägung)" ab.[5] Der Haftvollzug müsse unterbleiben, wenn er mit einer Rechtsgüterschädigung verbunden sei, die schwerer wiege als das durch den Vollzug gewahrte Strafprozeßinteresse.

---

[3] Kohlrausch JW 25, 1441

[4] Klefisch JW 25,1446

[5] Beling LB S. 501

Eine Übernahme des verwaltungsrechtlichen Instituts der Verhältnismäßigkeit erörterte Beling nicht. Er sah die sachlich gleichlaufende Lösung über „allgemeine Rechtsprinzipien" als ausreichend an.

c) Ein weiteres Problem des Interessenausgleichs zeigte sich bei der Frage, wieweit dem Beschuldigten das Recht auf Anwesenheit in der Hauptverhandlung zusteht[6]. Kann das Gericht den Angeklagten aus dem Sitzungssaal entfernen, wenn durch seine Gegenwart ein Zeuge - „so wahrheitsliebend er auch ist, so wenig also § 246 StPO[7] anwendbar wäre" - psychisch so bedrückt und aufgeregt wird, daß „ein Nervenschock und gemütliche Erkrankung" bei ihm zu befürchten sind[8]?

So schwere Gesundheitsschäden sind nach Ansicht Belings unter Umständen höher einzuschätzen als der Vorteil, den die Partei von ihrer Anwesenheit bei der Zeugenvernehmung hat. Das gelte auch dann, wenn innerhalb der Sitzung oder nach Abschluß des Gerichtsverfahrens schwere Gewalttätigkeiten von dem Angeklagten zu erwarten seien, gegen die der Zeuge nicht oder nur unzulänglich geschützt werden könne. Bei streng formaler Durchführung der positiven Norm könnten dritte Interessen derart Not leiden, daß der Schaden größer sei als der Nutzen für die gesetzlich geschützten Interessen. Der „Gesichtspunkt der Interessenabwägung" erlaube und gebiete daher, die im Gesetz ausdrücklich formulierten Rechtssätze mit Ausnahmen zu durchbrechen.[9]

---

6) Beling ZStrW 3o,47

7) aF, heute § 247 I 1 StPO

8) Beling aaO; s.a. Peters LB S.268

9) vgl a RG 73, 355(357): Grundgedanke des § 246 RStPO sei, daß die Hauptverhandlung zur Ermittlung der Wahrheit führen müsse. Wenn mit dem Verlust eines zur Überführung wesentlichen Beweismittels zu rechnen sei - weil der Zeuge überhaupt nicht aussagen könne - so müsse demgegenüber das Recht des Angeklagten auf Anwesenheit bei der Vernehmung zurücktreten (ebenso BGH. MDR 68, 432).

d) Bei Sauer[10] fand der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Beachtung als Ausprägung der „Normalität", des Normalurteils im Prozeßrecht. Das Problem stellte sich - ähnlich wie bei Beling - im Zusammenhang mit Regelungen der gerichtlichen Prozeßfürsorge[11]. „Wann ist das Erscheinen einer Person in der Hauptverhandlung wegen zu großer Entfernung besonders erschwert, § 222 II StPO ?[12,13] Wann ist die Gestellung einer im Ausland befindlichen Person nicht ausführbar oder nicht angemessen, § 318 StPO ?[14] ... Das normale Urteil gibt allemal den Maßstab."

e) Das Problem der „Angemessenheit" und Verhältnismäßigkeit erschien auch in der Rechtsprechung der höheren Gerichte.

aa) So erörterte das Bay ObLG im Jahre 1920, ob es angemessen sei, den Wohnungseigentümer vor einer gewaltsamen polizeilichen Durchsuchung seiner Räume erst nach der Anwesenheit des Beschuldigten zu befragen.[15] Das Gericht kam dabei zu dem Schluß, man müsse diese Art des Vorgehens dem „Takt" der Beamten überlassen, da die Durchsuchung nach dem Gesetz keine Anfrage voraussetze.

bb) Schärfere Anforderungen stellten die Gerichte bei prozessualen Eingriffen in die persönliche Freiheit und die körperliche Unversehrtheit.

---

10) Sauer S.73

11) vgl heute Schwarz-Kleinkecht Einl 7; KMR (Sax) Einl 13

12) aF, heute § 223 II StPO

13) vgl BGH 9,230 - Frage der Zumutbarkeit: Verkehrsverhältnisse, Entfernung, Bedeutung der Strafsache und der zu erwartenden Auskunft sowie die persönlichen Verhältnisse der Auskunftsperson sind miteinander abzuwägen.

14) aF, heute § 276 I StPO

15) BayObLG 1920, 152 (153)

(1) Nach Ansicht des BayObLG [16] durfte die „Einschaffung",§ 81 StPO, nur in den wichtigsten Fällen erfolgen und nicht angeordnet werden, wenn die voraussichtliche Strafe den Angeklagten weniger hart träfe als die Prozeßmaßnahme. Das Gericht müsse zudem prüfen, ob eine Verurteilung überhaupt mit annähernder Sicherheit zu erwarten sei.

(2) Das Reichsgericht beschränkte nach dem Verhältnismäßigkeitsgedanken den Schußwaffengebrauch bei der vorläufigen Festnahme, § 127 I StPO. Es wies auf die beamtenrechtlichen Vorschriften hin. Ein Eingriff in die körperliche Integrität, der über die zur Festnahme erforderliche körperliche Gewalt, z.B. hartes Anpacken, hinausgehe, könne nur „durch die Bedeutung des mit der Festnahme zu erreichenden Zwecks" gerechtfertigt werden.[17] Die mit der Verfolgung notwendige Rechtsgutsverletzung müsse jedenfalls „in angemessenem Verhältnis" zu ihrem Zweck stehen.

f) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist danach in der StPO nicht neu.[18] Gerade bei Eingriffen in die Freiheit oder körperliche Integrität der Prozeßbeteiligten durch Haft, Unterbringung oder gewaltsame Festnahme fand der Grundsatz im Verfahren Aktualität und Beachtung, schon ehe das Grundgesetz und das StPÄG in Kraft traten. Dabei zeichnete sich bereits in vorkonstitutioneller Zeit ein unterschiedlich weiter Anwendungsbereich des Prinzips der Verhältnismäßigkeit ab.

---

[16] BayObLG GA 69,127

[17] RG 65,392 (394); 69,308 (312); 72,305 (311)

[18] Schmidt-Leichner NJW 61,337 (338); Dahs NJW 65, 81 (83); Peters LB S.358; s.a „Kriminalpolitische Stellung" S.196 für Erziehungsmaßnahmen bei Strafaussetzung zur Bewährung, §§ 23,24 StGB

aa) Einmal sieht man in der Verhältnismäßigkeit einen Maßstab, der ähnlich wie im Verwaltungsrecht das Ermessen lenken soll.[19] Der Grundsatz gilt als die unverbindliche, allgemeine Verfahrensregel, an der sich das Ermessen der Strafverfolgungsorgane ausrichten kann. Unverhältnismäßiges Verhalten ist in erster Linie unzweckmäßiges Verhalten. Diese Meinung hat bis in die jüngste Zeit noch Eberhard Schmidt vertreten.[20]

bb) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zeigt eine strengere Auffassung. Unangemessenes Vorgehen ist rechtswidrig. Das erklärt sich daraus, daß die Mittel-Zweck-Verhältnismäßigkeit rechtsdogmatisch als Normausdehnungsgrund verwendet wird. § 127 StPO berechtigt nämlich nach der Ansicht des Reichsgerichts [21] nur zum gewaltsamen Freiheitsentzug, rechtfertigt aber grundsätzlich keine weitergehenden Verletzungen des Verdächtigen an Leib oder Leben. Wenn überhaupt, [22] so sind diese Eingriffe nur bei verhältnismäßigem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden gestattet.

cc) In einer dritten Form erblickt man im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und seiner Interessenabwägung einen Maßstab, der es gestattet,im Einzelfall auch zwingende Normen zugunsten höherer Belange einzuschränken. Das Gericht darf bei unverhältnismäßigem Eingriff von den formalen Bestimmungen des Gesetzes abweichen.

(1) Nach Meinung Belings[23] kann eine im Gesetz nicht gewürdigte Interessenlage zu einer Durchbrechung der Norm führen, die diesem Ausnahmefall nicht gerecht wird. Die Einstufung Sauers[24] - Verhältnismäßigkeit als Beispiel des

---

19) Kohlrausch aaO; Peters „Kriminalpolitische Stellung" aaO; auch Klefisch aaO; Schreiben des Reichskanzlers von Bülow aaO; BayObLG GA 69,197; E 1920,152;

20) E.Schmidt § 112 Rdnr 21,anders Rdnr 7(Nachtrag); s.a. LG Göttingen MDR 52,630

21) s.RG 34,444; 65,394; 69,311

22) s.RG 65,392(394)

23) Beling ZStrW 3o,47

24) Sauer S. 74

„Normalurteils"- weist in dieselbe Richtung. Die Unverhältnismäßigkeit sprengt den beherrschenden Maßstab des Normalen, der in den Prozeßgesetzen gilt. Sie führt zur anomalen Situation, zur „Abnormität".

Das Übermaßverbot könnte damit in die Lehre Carl Schmitts eingeordnet werden, nach der dem abstrakten Gesetz nur innerhalb „typischer", „normaler" Lebensverhältnisse Verbindlichkeit und Rechtswirkung zukommt.[25] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ließe sich dogmatisch auf die eingeengte Gültigkeit des Gesetzes zurückführen und daraus erklären. Das Verbot des Übermaßes, in Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend umgrenzt und gefestigt, könnte den Bereich des Abnormen teilweise mit Substanz erfüllen.[26]

aaa) Das Gesetz - als generelle Regel - tritt nach der Meinung C. Schmitts im „abnormen Ausnahmefall" hinter der souveränen Dezision des Richters zurück. Die Normalität der vom Gesetz geregelten Lage sei nicht nur äußerliche Voraussetzung, sondern ein inneres juristisches Wesensmerkmal der Normgeltung.

bbb) Diese Lehre ist in der Rechtswissenschaft umstritten.[27] Das Schrifttum wirft ihr vor, die Verengung der Norm auf eine nur relative Gültigkeit lasse eine Entwertung des abstrakten Gesetzesrechts befürchten. Die weitgehende Freigabe der am Einzelfall orientierten „Dezision" gefährde die Ordnung des Rechts; sie löse die Normgeltung auf und führe zu einem unbeständigen, fluktuierenden Situationsrecht. Auch das Atypische unterfalle dem gesetzlichen Tatbestand, sofern es nur sinngemäß getroffen sei.[28]

---

[25] C.Schmitt S.23 ff, 4o; s.a. Jagusch SJZ 47, 295 ff

[26] vgl a. Jagusch SJZ 47, 295 (296,298): Kein Gesetz dürfe eine Wirkung äußern, die dem betroffenen Teil unter Würdigung aller Umstände „nicht zuzumuten" sei, weil sie mehr von ihm verlange, als er ohne die Divergenz von Situation und Norm sozial zu dulden habe. (Frage der „sozialen Unzumutbarkeit")

[27] Engisch S. 282/283; Henkel „Individualität" S. 13 ff

[28] Engisch S. 283

(2) Wie Henkel feststellt,[29] wenden sich die berechtigten Bedenken in der Literatur weniger gegen das Grundanliegen C. Schmitts, außergesetzliche Bereiche anzuerkennen. Die Kritik richtet sich vielmehr gegen die mit den Begriffen Normalität und Typizität verbundene Unbestimmtheit; sie greift die darin begründete unübersehbare Tragweite dieser Lehre an. Was ist innerhalb des gesetzlichen Geltungsbereichs noch normal und was abnorm? Wo sind die Grenzen zu ziehen?

aaa) Wortlaut, Wortsinn und Geltungszweck prägen den Bereich, innerhalb dessen ein Gesetz Gültigkeit beansprucht. Unverhältnismäßige Maßnahmen ließen sich danach aus einer Bestimmung ausgrenzen, wenn man unterstellte, daß solche Maßnahmen von keiner Norm geregelt werden sollten. Dieses Vorgehen setzt eine in ihrer Weite und Allgemeinheit gefährliche logische Einengung der Gesetze auf „verhältnismäßige", normale Situationen voraus. Das Gesetz bliebe offen für weitere, nicht überschaubare Beschränkungen. Die Eingrenzung auf Normalfälle rüttelte an den Grundlagen des abstrakten Rechts.

bbb) Ein Gesetz kann zwar nach überwiegender Meinung[30] bei entscheidend veränderten Umständen der Normsituation ergänzend oder berichtigend ausgelegt und fortgebildet werden. Von dieser zeitlich bedingten Anpassung einer Rechtsvorschrift ist aber die Frage zu trennen, ob eine Norm durch logisch immanente Geltungsvoraussetzung generell beschränkt wird. Das ist zu verneinen. Richtigerweise sind solche Grenzen außerhalb des Gesetzes selbst, in höherrangigen Vorschriften oder in allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu suchen. Auch starre Normen lassen sich so zugunsten einer elastischen Rechtsanwendung einschränken.

---

29) Henkel aaO

30) Enneccerus-Nipperdey § 59 II; Michel JuS 61, 180; vgl a Burmeister S.58

Dieses Vorgehen vermeidet es, die Begriffe Typizität und Normalität als Bestandteil eines Gesetzes aufzunehmen. Es erscheint natürlicher und ungezwungener, die Norm von außen her durch die Werte der Verfassung und allgemeine Grundsätze zu beschränken, als sie per definitionem begrifflich einzugrenzen.[31] Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit läßt sich danach nicht auf eine logisch verengte Geltungskraft des abstrakten Gesetzesrechts zurückführen.

B) Heutige Ableitung der Verhältnismäßigkeit

a) Der Rechtsstaat des Bonner Grundgesetzes schützt den Bürger vor unnötigen und übermäßig schweren Eingriffen der Staatsgewalt in die persönliche Rechtssphäre. Hoheitsakte erfordern ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an ihrer Vornahme und den Rechten des Betroffenen.[32] Das BVerfG, die Rechtsprechung der oberen Strafgerichte und ein Teil der Literatur begründen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit daher als allgemeines Verfassungsprinzip unmittelbar aus der Idee des Rechtsstaats.[33]

aa) Einzelne Formen des Übermaßverbots tragen jedoch keine spezifisch rechtsstaatlichen Züge. Das Prinzip des Mindesteingriffs, kodifiziert in den §§ 14,41 PVG vom 1.1o.1931, galt als Bestandteil des Polizeirechts nicht nur während der Weimarer Zeit, sondern auch unter dem nationalsozialistischen Regime. Zu Recht betont H. Krüger, gerade auch der totale Staat fördere den Gedanken rationeller und ökonomischer Handlungsweise, wie er im Grundsatz der Erforderlichkeit mitschwinge.[34]

---

31) vgl ähnlich von Hippel NJW 67, 539 (541) über die Methodik der nordamerikanischen Grundrechtskonkretisierung

32) Rupp S. 193, 194

33) s.BVerfG 7,41o; NJW 66,292; 1259; MDR 68, 559; BGH 19,332; OLG Bremen NJW 6o, 1265; Kleinknecht JZ 65, 114; KMR (Sax) Einl 1d (I)

34) H.Krüger DÖV 56, 550 (554)

bb) Der Begriff des Rechtsstaats ist vielschichtig. Er beinhaltet das materielle Prinzip der Gerechtigkeit ebenso wie die formale Forderung nach Rechtssicherheit und Bestimmtheit hoheitlicher Maßnahmen.[35)]

(1) Das Streben nach Einzelfallgerechtigkeit und Individualisierung, das dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zugrunde liegt, ist kein typischer Ausdruck rechtsstaatlichen Denkens. Die Abwägung der konkreten Interessenlage erschwert die Vorhersehbarkeit gesetzlich zulässiger Maßnahmen und widerspricht der Anlage des überkommenen Rechtsstaatsbegriffs auf das Abstrakt-Generelle hin.[36)] Das Gesetz - als „nomos basileus" im bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts ein Garant der Rechtssicherheit - weicht hier in zunehmendem Maß der Idee individualisierender Gerechtigkeit.[37)] Was rechtens ist, kann bei dem generalklauselähnlichen Begriff der Verhältnismäßigkeit erst im Einzelfall durch Richterspruch festgestellt werden.

(2) Diese Neigung zur Individualisierung und mit ihr der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind der Ausdruck einer veränderten rechtsstaatlichen Betrachtungsweise. Der Abstand zwischen Staat und Bürger hat sich verringert. Die Menschenwürde gilt als oberstes Verfassungsprinzip,[38)] die persönliche Freiheit als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft[39)]. Anders als nach der Weimarer Reichsverfassung wirken die Grundrechte nicht nur „nach Maßgabe" der Gesetze, sondern erfordern umgekehrt die Verfassungskonformität der Norm.[4o)] Die erhöhte Bedeutung der Einzel-

---

35) Forsthoff LB S.4,31; Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 70 ff

36) Forsthoff „Festschrift für den 45. DJT" S.53

37) Engisch S.79; Henkel „Individualität" S.86

38) BVerfG 7,198 (2o4/2o5); Maunz-Dürig Art 1 Rdnr 4

39) Rupp S. 192

4o) Rupp S.2o7/2o8; s. Gerhard Anschütz: „Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919" 14.Aufl. 1933; Art 76 Anm 1

persönlichkeit beschränkt das formale und abstrakte Rechtswertdenken.[41] Das Pathos des Gesetzes vermag keine Mängel der konkreten Entscheidung zu verdecken. „It is the law" - diese Denkweise wird keinen rechtssuchenden Bürger unserer Zeit befriedigen.

(3) Der Rechtsstaatsbegriff hat sich unter dem Einfluß des Grundgesetzes gewandelt: gegenüber der formalen Legalität und Rechtssicherheit betont er das materielle Moment der Gerechtigkeit und des Grundrechtsschutzes.[42] Diese freiheitsbetonte, persönlichkeitsfreundliche Rechtsüberzeugung bildet die Grundlage des heutigen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Aus dieser Sicht läßt sich das Übermaßverbot als „allgemeiner Rechtsstaatsgrundsatz" einordnen.

cc) Der Begriff des Rechtsstaats ist weit genug, alle Spielarten des Verhältnismäßigkeitsprinzips - Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit - ohne Schwierigkeiten in sich aufzunehmen. Er scheint aber als dogmatischer Bestimmungsort inhaltlich zu vage und unbestimmt.[43] Ohne Bindung an eine positive Vorschrift neigt man dazu, aus dem Sammelbegriff eines allgemeinen Rechtsstaatsprinzips das herauszulesen, was man vorher in ihn hineingelegt hat.[44]

Die Vielschichtigkeit des Rechtsstaatsbegriffs erschwert es, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit klar zu umreißen und plastisch herauszuarbeiten. Seine Gestalt und Prägung bleiben verschwommen. Die Formel des BVerfG bietet keine Anhaltspunkte für eine Wertung oder Überprüfung des Grundsatzes, der, am inhaltlich weitgespannten Begriff des Rechtsstaats ausgerichtet, selbst wieder Erweiterungen und unbestimmten Ausdehnungen unterliegt.

---

41) Henkel aaO; Lerche S. 54, 58; Esser S. 25

42) Forsthoff LB S. 4; „Festschrift für den 45 DJT" S. 59; Lerche aaO

43) Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 71

44) Lerche S. 32

b) Wie Dürig zu Recht hervorhebt, [45] wird man den Standort des Verhältnismäßigkeitsprinzips daher genauer im Grundrechtsabschnitt der Verfassung suchen. Diese Eingrenzung klärt die persönlichkeitsbezogene Wesensart des Grundsatzes und gliedert ihn in das geschriebene Recht ein.

aa) Nach einer häufig im Schrifttum vertretenen Ansicht wurzelt das Verhältnismäßigkeitsprinzip in Art 2 I GG.[46] Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewähre Schutz vor übermäßig belastenden Maßnahmen zugunsten des Allgemeinwohls. Art 2 I GG sei die Gemeinschaftsklausel des Grundgesetzes, er biete den drei Gewalten einen fundamentalen Maßstab für ihr Handeln.

Diese Rechtsansicht übersieht, daß in Art 2 I GG eine vierte Schranke der Verhältnismäßigkeit gerade fehlt. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt ein Übermaßverbot voraus, das außerhalb dieses Grundrechts liegt[47] und sich erst über den Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung" in Art 2 I GG auswirken kann.

bb) Baumann[48] entwickelt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus der Wertung des Verfassungsgebers in Art 2 II GG i.V.m. Art 1 III GG.

Diese Ableitung beschränkt das Übermaßverbot zu Unrecht auf Eingriffe in das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit. Zwar ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in diese Rechtsgüter besonders bedeutsam. Die Begründung in Art 2 II GG wird aber der allgemeinen Natur und Gültigkeit des Grundsatzes nicht gerecht.

---

[45] Maunz-Dürig aaO

[46] Rupp S. 196; von Krauss S.26,36; Haas DÖV 54,71

[47] Lerche S.317; s.a.BVerfG JuS 66,492(493); 17,315; 12,347

[48] Baumann „Eb.Schmidt-Festschrift" S.535; JZ 62,649 (651)

cc) Die Theorie des relativen Wesensgehalts der Grundrechte unterstellt dem Wirkungskreis des Art 19 II GG auch die nicht erforderliche[49] und angesichts des verfolgten Ziels unverhältnismäßige Maßnahme.[50] Das Übermaßverbot trete als konkrete, verfahrensbezogene Schranke neben das absolute Verbot, den Grundrechtskern anzutasten.

(1) Diese Eingliederung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art 19 II GG hat in der Literatur Widerspruch erregt. Nach Ansicht H. Krügers verkörpert Art 19 II GG nur einen absoluten Schutz des Wesensgehalts der Grundrechte.[51] Das zweckabhängige Prinzip der Verhältnismäßigkeit werde nicht im Problem der Unantastbarkeit des Grundrechtsgehalts erfaßt. Art 19 II GG richte sich im Grunde vielmehr gegen den „verhältnismäßigen" Eingriff, da Übermaß ja ohnehin von Verfassungs wegen untersagt sei.

(2) Diese Bedenken können jedoch nicht durchgreifen. H. Krüger erörtert - ebenso wie der von ihm angegriffene BGH - unter der Bezeichnung „Verhältnismäßigkeit" das Erforderlichkeitsprinzip. Er betont zu sehr die Unterschiede des „absoluten" und des „relativen" Verbots; dabei verkennt er ihre Gemeinsamkeiten:

Beide Rechtsfiguren - Verhältnismäßigkeit und das Verbot der Wesensgehaltsantastung - dienen dem Schutz des einzelnen Bürgers. Das relative, auf den jeweiligen Zweck bezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip kann sinnvoll ein Verbot der Maßnahmen ergänzen, die schon „als solche" zu weit in die Freiheitssphäre des Einzelnen eindringen. Der unterschiedliche Umfang zweier sonst gleichartiger, auf dasselbe Ziel gerichteter Rechtssätze schadet nicht ihrem Nebeneinander in derselben Vorschrift.

---

[49] BGH DÖV 55, 343; 55,730; 57,299

[50] Maunz-Dürig Art 2 I Rdnrn 64,73; Art 2 II Rdnr 53; Hamann Art 19 B8; Lerche - differenzierend - bejahend für Verhältnismäßigkeit S.79,236; Jescheck GA 1962,65; s.a. Schwarz-Kleinknecht Einl 1 E

[51] H. Krüger DÖV 55,598; 56,555 (Fsn 40); folgend Rupp S.189

(3) Der Begriff des Wesensgehalts in Art 19 II GG öffnet sich durch diese Auslegung der praktischen Rechtsanwendung. Er bietet dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Ansätze einer Form und Begrenzung, die ihn nicht zu einem vagen Ausdruck der Billigkeit und Abgewogenheit verflachen lassen.

Das Übermaßverbot dient als Bestandteil des Art 19 II GG dem Schutz persönlicher Interessen. Es ist daher kein eigenständiges Grundrecht.[52)]

Z u s a m m e n f a s s u n g II :

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fand bereits im vorkonstitutionellen Strafprozeß ausdrückliche oder stillschweigende Beachtung. Rechtsprechung und Schrifttum sahen in dem Prinzip einen Maßstab richterlicher Ermessensausübung. Die Verhältnismäßigkeit galt als Bestandteil eines allgemeinen Verfahrensgrundsatzes der Normalität. Über die Interessenabwägung suchte man schwere Schäden bei gesetzmäßigem Vorgehen auszuschließen und den gesetzlichen Wirkungsbereich in Sonderfällen zu durchbrechen. Danach könnte das Übermaßverbot die Lehre bestätigen, die eine Geltungskraft des abstrakten Gesetzes nur bei typischer Gestaltung der Lebensverhältnisse annimmt.

Diese weitgehende innere Einengung des Normenrechts ist aber wegen ihrer Unbestimmtheit gefährlich. Man wird die Grenzen des Gesetzes besser in allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den höherrangigen Bestimmungen der Verfassung suchen, die eine absolute Geltung der Norm von außen her beschränken.

2.) Der heutige Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht auf einem Rechtsstaatsbegriff, der gegenüber formaler Rechtssicherheit die Bedeutung der materiellen Gerechtigkeit und den Schutz der Grundrechte unterstreicht. Das

---

52) Lerche S. 32o; Wolff § 31 II d 2; vgl. a.BVerfG 1,264 (280); anders von Krauss S.39 ff

Verbot des Übermaßes hat die Stellung eines Verfassungs=prinzips.

Eine Ableitung der Verhältnismäßigkeit als „allgemeinem Rechtsstaatsgrundsatz" verkennt jedoch, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Anforderungen der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit hoheitlicher Maßnahmen zuwiderläuft. Das Verbot übermäßiger Eingriffe kann nicht unmittelbar aus dem vielschichtigen, mehrdeutigen Begriff des Rechtsstaats erklärt werden.

3.) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist im Grundrechtsabschnitt der Verfassung einzuordnen. Es liegt außerhalb der Schranken des Art 2 GG und stützt sich auf Art 19 II GG. Der Wesensgehalt eines Grundrechts ist auch dann angegriffen, wenn eine Maßnahme, gemessen an ihrem Zweck, den Persönlichkeitsbereich des Betroffenen übermäßig verletzt.

Art 19 II GG bietet Anhaltspunkte, an denen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ausgerichtet und geformt werden kann.

Z w e i t e r T e i l:

Grundlegende Probleme

I) Die Übernahme der Verhältnismäßigkeit in das heutige Strafverfahren

A) Verhältnismäßigkeit in strafprozessualen Gesetzen

a) Nachdem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schrifttum weitgehend erörtert und von der Rechtsprechung schon gebraucht worden war, nahm ihn das Strafprozeßänderungsgesetz - StPÄG - vom 19.12.64 (BGBl I 1067) in den §§ 112 I 2, 114 III und 120 I 1 unmittelbar in die StPO auf. Das Gericht darf danach keine Untersuchungshaft anordnen oder muß sie aussetzen, wenn die Haft „zu der Bedeutung der Sache und ~~zu~~ der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung außer Verhältnis steht", vgl.a. Nr.37 RiStV vom 1.12.1966. Nach Nr.51 I, II RiStV soll die Staatsanwaltschaft die Unterbringung des Beschuldigten in eine Heil- und Pflegeanstalt nach § 81 StPO nur beantragen, wenn die Bedeutung der Strafsache unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit den schweren Eingriff rechtfertigt. Das Druckwerk eines Presseunternehmens darf nicht beschlagnahmt werden, wenn die nachteiligen Folgen „außer Verhältnis zu der Bedeutung der Sache stehen", § 13 III Nr.2 Bd-W-LPrG.

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gedanklich in § 113 StPO ausgeprägt; der Erforderlichkeitsgrundsatz liegt den §§ 116, 121 StPO zugrunde. Wer festgenommen oder verhaftet ist, hat das Recht, „innerhalb angemessener Frist" verurteilt oder aber aus der Haft entlassen zu werden, Art 5 III 2 MRK. Die Verhältnismäßigkeit geht auf im Begriff des Zumutbaren, s. §§ 81 c I 3, 223 II, 251 I Nr.3 StPO. Sie zeigt sich bei der Festlegung des „nicht

zu beseitigenden Hindernisses", das dem Erscheinen eines Zeugen in der Hauptverhandlung entgegen stehen kann, § 251 I Nr.2 StPO,[1] - Musterfälle für die Ausübung gerichtlicher Prozeßfürsorge.[2]

Auch die Einstellung des Verfahrens nach den §§ 153, 154 ff StPO fällt unter das allgemeine Verbot des Übermaßes.[3] Sie zählt aber richtig zum Grundsatz der Erforderlichkeit: für eine Verfolgung von Bagatellstrafsachen kann schon das öffentliche Interesse fehlen; die Ahndung solcher Delikte ist „entbehrlich", §§ 45 I,1, 47 I Nr.1 JGG (s.o.S.6).

B) Der Einfluß des Verfassungsrechts

Rechtsprechung und Literatur begründen heute den strafprozessualen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus den Prinzipien des GG und des Rechtsstaats.[4] Das Prinzip der

---

1) Peters LB S. 268 bringt als Beispiel, daß die gerichtliche Vernehmung einer Zeugin schwerste seelische Schäden zufügen könnte.

2) Vgl Schwarz-Kleinknecht Einl 7 C; KMR (Sax) Einl 13a; s.a.BGH MDR 68, 600; OLG Koblenz MDR 68,944; Wimmer NJW 63, 2247; anders Dahs jun S.43,44; E.Schmidt JZ 65, 733. Der Begriff der Fürsorgepflicht ist auch im Strafverfahren anzuerkennen. Eine Reihe richterlicher Nebenpflichten, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und nur teilweise im Gesetz oder in den sonstigen Prozeßmaximen verkörpert sind, lassen sich unter dieser Sammelbezeichnung erfassen. Die Stellung des Strafrichters gegenüber dem Beschuldigten widerspricht einem solchen Prinzip der Fürsorge nicht, vgl a.§139 ZPO. Soweit mit dem Verfahrenszweck vereinbar, trifft das Gericht auch ein Gebot der Obhut und Rücksichtnahme auf die Belange der Prozeßbeteiligten. Der Gedanke des „fair trial", Art 6 I MRK, und der „allgemeine justizrechtliche Grundsatz", das Vertrauen des Angeklagten auf die Gerechtigkeit und Wahrheitsliebe des Gerichts nicht zu erschüttern (E.Schmidt aaO), lassen durchaus Platz für einen Begriff der Fürsorgepflicht, dessen Verletzung in gewissem Umfang auch revisibel ist (vgl Schwarz-Kleinknecht Einl 7 F; s.u. S.50 Fsn 15)

3) KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b (1); Peters LB S. 358; Kühne DRiZ 63, 179 (180)

4) BVerfG 16, 194 (202); 17,117; 19,348; BGH 19, 325 (332); 20, 232 (233); Schwarz-Kleinknecht Einl 1 E

Verhältnismäßigkeit gilt nach Ansicht Müllers[5] „für alle Staatsakte, also auch für die Tätigkeit im Strafverfahren." Kleinknecht betont den „unberührbaren Bereich der Grundrechte", der Grenzen für den prozessualen Zugriff trotz formeller Zulässigkeit ziehe.[6] Die Schranke des Art 19 II GG müsse auch von der Rechtspflege beachtet werden.

a) Wolff[7] sieht dem-gegenüber im Verbot des Übermaßes einen „besonderen Rechtsgrundsatz des deutschen Verwaltungsrechts", der sich bei der Anwendung des Gerechtigkeitsprinzips auf deutliche Interessenlagen ergebe. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit setze besondere soziale Lebensverhältnisse als Zwischenglieder voraus, wie sie im Verwaltungsrecht gegeben seien.

b) Die Einordnung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Wolff verallgemeinert ein einzelnes Erscheinungsbild und verengt den Anwendungsbereich des Grundsatzes. Das Übermaßverbot ist zwar im Verwaltungsrecht entwickelt und zuerst als Rechtsfigur geprägt worden. Seine Wurzeln führen heute aber auf das Grundgesetz zurück.[8] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt deshalb als Ausdruck eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzips unmittelbar im Strafprozeßrecht und muß nicht analog aus dem Verwaltungsrecht übertragen werden. Das Strafverfahren entfaltet als Teil des öffentlichen Rechts in seinen Maßnahmen hoheitliche Gewalt; hier gelten die Schranken des Art 19 II GG.

---

[5] KMR (Müller) Vorb § 94 Anm4; s.a. BayObLG NJW 64,460

[6] Schwarz-Kleinknecht Einl 1 E

[7] Wolff S. 101; Drews-Wacke S. 171

[8] Lerche S. 317; Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 116 b; vgl a. Bachof II 290; 314; (s.o. S.22)

Diese Denkweise entspricht der engen Verbundenheit, in der man Strafprozeß und Verfassungsrecht heute zu sehen pflegt. Das Strafverfahren gilt als „angewandtes Verfassungsrecht",[9] die StPO als „Ausführungsgesetz zum Grundgesetz".[10] Diese Schlagworte mögen methodisch Bedenken erregen;[11] sie kennzeichnen aber eindrucksvoll die Bindung des Verfahrens an die Wertentscheidung des Grundgesetzes: Das Verfahren muß im Einklang mit der Verfassung stehen.[12]

C) Die Eingliederung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in das Strafverfahren

a) Die heutige freiheitlich-demokratische Staatsauffassung formt als politisches Moment den Geist des Prozeßrechts.[13] Gegenüber der Betonung staatlicher Allmacht und autoritärer Strafverfolgung im Dritten Reich anerkennt sie weithin außerprozessuale Werte als Grenzen der gerichtlichen Wahrheitsfindung.[14] Wie Eberhard Schmidt und Peters zu Recht hervorheben,[15] verstärkt das Grundgesetz die Ausstrahlung der Persönlichkeits- und Freiheitsrechte. Ihre Aufnahme in die Verfassung unterstreicht auch alte, schon immer vorhandene Grenzen der Wahrheitsfindung.

---

9) Sax „Grundrechte" S. 967; BGH 19, 330

10) E.Schmidt I Rdnr 99, 329, 333; KMR (Sax) Einl 1 d

11) Forsthoff „Festschrift für den 45. DJT" S.43; Tiedemann MDR 65, 871; NJW 66, 1013 Fsn 8; Nüse JR 66, 282 (Fsn 57)

12) Peters LB S. 26; Nüse aaO

13) s.E. Schmidt I Rdnr 329; Peters „Individualgerechtigkeit" S.200

14) vgl a. Tiedemann NJW 67, 1013 Fsn 4 - das Strafverfahren suche seine Sicherungen heute in „außer- und vorrechtlichen Werten und Interessen", nicht mehr wie die ältere Lehre in der Bindung an ein begrifflich-wissenschaftliches System.

15) E.Schmidt NJW 63, 1754; Peters „Individualgerechtigkeit" S. 199

Marksteine des Gesetzgebers auf diesem Wege „straf=prozessualen Umbruchs" [16] sind die Aufnahme der Menschen=rechtskonvention in das Recht der BRD - Ges. v. 7.8.1952, BGBl II 685, 953 - und das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19.12.1964. Der staatliche Strafanspruch hat in diesen Gesetzen seine absolute Geltung verloren. Beweisverbote aus persönlichen, beruflichen und staatlichen Gründen beschränken die Strafverfolgung, s. §§ 52-55, 60-63, 68 a, 96, 97, 252 StPO. Die Landespressegesetze erweitern das Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten, das Beschlagnahme- und Durchsuchungsverbot über den Bereich der §§ 53 I S, 97 V StPO hinaus.[17] Rechtsprechung und Literatur anerkennen einen strafverfolgungsfreien Raum der Intimsphäre, der sich besonders bei der Verwertung von Tonbandaufnahmen, Tagebüchern und persönlichen Briefen vor Gericht auswirkt.[18]

b) In dieser von Rechtslehre und Judikatur geförderten Entwicklung sieht Peters [19] die Anzeichen einer tief=greifenden Wandlung des Strafverfahrens. Der Prozeß kenne kein grundsätzlich uneingeschränktes Ermittlungsgebot mehr; es gelte nur noch der Grundsatz einer von vornherein be=grenzten Aufklärungspflicht. Der Strafprozeß sei nicht mehr

---

16) Kohlhaas DRiZ 66, 286

17) Es ist strittig, ob die bundesrechtlichen Normen durch Landesgesetze erweitert werden können, vgl einerseits Rebmann-Ott-Storz Einl Rdnr 21, andererseits Kohlhaas Arch f.Pr R. 63,398. Die Wirksamkeit der landesrecht=lichen Vorschriften richtet sich vor allem danach, ob man das Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten zum Presserecht oder zum Strafverfahrensrecht zählen will, vgl Art 70 I, 74 Nr.1, 75 Nr.2 GG. Die Frage kann hier offen bleiben. Die Kodifikationen der Bundesländer füllen jedenfalls eine weithin empfundene Lücke im prozessualen Rechtsschutz aus; sie sind Ausdruck der allgemeinen Neigung, die Grundrechte des Beschuldigten auch auf Kosten einer wirkungsvollen Strafverfolgung abzuschirmen. (Vgl. Klug „Vhdlgn d 46. DJT" F 47)

18) BGH 14, 358 ff; 19, 325 ff; Peters LB S. 254; s.a. BVerfG 18,146

19) Peters „Gutachten" S. 93; zustimmend Jescheck „General=gutachten" S.6

das wichtigste Feld des Schutzes sozialethischer Werte. Er sei vielmehr in ein Verhältnis zu sonstigen sittlichen und rechtlichen Wertvorstellungen, insbesondere zu verfassungsrechtlichen Rangordnungen gestellt worden.

aa) Diese Ansicht Peters erscheint als dogmatischer Ausgangspunkt zu weitgehend. Richtigerweise wird man auch heute noch bei einem Grundsatz der Wahrheitserforschung ansetzen und die von Gesetz und Rechtsprechung anerkannten Beweisbeschränkungen als Ausnahmen ansehen müssen.[20]

bb) Die These Peters erfaßt jedoch das tatsächliche Wertverhältnis zwischen staatlicher Aufklärung und ihren personalen Gegeninteressen. Die Ausdehnung des materiellen Strafrechts führt zu einem niedrigen „Kurswert" des Strafverfahrens;[21] die Interessenkonflikte steigen bei dem geringen Gewicht mancher Straftat. Der Wertentscheid der Verfassung erhellt die tiefgreifenden menschlichen und sozialen Folgen eines verfahrensrechtlichen Eingriffs und seine Gefährlichkeit.[22] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist Teil und Ausdruck einer allgemeinen Entwicklung, welche die Rechte der Prozeßbeteiligten und ihre Stellung im Verfahren sichern soll. Das Prinzip kann auch im Strafprozeß den persönlichen Werten des Einzelnen gegenüber der abstrakten Norm zum Durchbruch verhelfen.

c) Zwar wird das Verbot des Übermaßes nicht im Weg der Analogie aus dem Verwaltungsrecht in das Strafverfahren übertragen (s.o.S.28). Ein Vergleich der strafprozessualen mit den verwaltungsrechtlichen Maßnahmen vermag jedoch den Umfang und die Tragweite aufzuzeigen, in der sich das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß auswirkt.

---

20) s.Grünwald JZ 66,489; Schwarz-Kleinknecht Einl 1 J d, e; Kleinknecht NJW 66, 1537 (1539, 1540)

21) Peters „Gutachten" S. 123; s.a. Sarstedt F 9:„Strafprozeßgestaltende Wirkung des materiellen Strafrechts."

22) Peters LB S. 253

Der Einfluß des Grundsatzes und seine verfahrensrechtliche Bedeutung lassen sich danach näher abschätzen und umreißen.

aa) So weist Peters[23] darauf hin, daß Verwaltungsrecht und Strafprozeßrecht weitgehend miteinander vergleichbar sind. Auf beiden Gebieten vollziehe sich hoheitliche Gewalt. Dem Träger dieser Gewalt stünden - anders als im Zivilrecht - Gewaltunterworfene gegenüber. Verwaltungsrecht und Strafverfahren führten staatliche Aufgaben im Interesse der Gemeinschaft durch. Vielfach würden gleichartige Maßnahmen angewandt - Vorladungen, Festnahmen, Beschlagnahmen, Durchsuchungen und körperliche Untersuchungen. Diese Eingriffe beruhten auf unterschiedlicher Grundlage und erfolgten im Strafprozeß repressiv auf den Verdacht eines Verbrechens hin, im Verwaltungsrecht dagegen präventiv, um künftigen Schäden vorzubeugen. Trotzdem könne man weitgehende Parallelen zwischen Verwaltungstätigkeit und Strafverfahren erkennen. Nach Ansicht Peters' ist es daher möglich, in der Systematik, Begriffsbildung und Beurteilung prozessualer Vorgänge im Verwaltungsrecht gewonnene Vorstellungen zu verwirklichen.

bb) Anläßlich einer Verfassungsbeschwerde auf dem Gebiet des Haftrechts vertritt das BJM die Ansicht,[24] bei den Sicherungsmaßnahmen des Prozeßrechts - Haftbefehl, Beschlagnahme, Durchsuchung - handle es sich nicht um Akte der Rechtsprechung, da es an einer Entscheidung zwischen streitenden Parteien fehle. Diese Maßnahmen seien vielmehr richterliche „Exekutionsakte nach Art von Verwaltungsakten".

Das BVerfG[25] pflichtet dieser Auffassung bei: es seien jedenfalls Aufgaben, die aus dem Gebiet der speziellen, richterlichen Tätigkeit herausfielen. In seiner

---

23) Peters LB S.28

24) Stellungnahme des BJM in BVerfG NJW 59, 427 (428)

25) BVerfG NJW 59, 428

Entscheidung über die Zulässigkeit der Liquorentnahme nach § 81 a StPO führt das Verfassungsgericht aus:[26] Das Gesetz erwarte von dem Richter, daß er dort, wo er einem Verwaltungsakt ähnliche Maßnahmen zu treffen habe, dieselbe spezifisch richterliche Denkweise anwende wie bei der Nachprüfung von Handlungen, die Verwaltungsbehörden im Rahmen ihres Ermessens vornähmen. Darin liege letztlich der Grund, weshalb das Gesetz schwerwiegende Anordnungen dieser Art auf den Richter übertragen habe.

cc) Die schmale Grenze zwischen strafprozessualem und verwaltungsrechtlichem Eingriff zeigen die Urteile des BVerwG zur Rechtsnatur erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach § 81 b StPO.

(1) Nach BVerwG 2, 3o2(3o3) gehören dem Strafprozeß auch erkennungsdienstliche Maßnahmen an, die nicht im Auftrag der Staatsanwaltschaft, sondern selbständig von der Polizei durchgeführt werden. Das folge nicht nur aus der Einordnung der Materie in die StPO, sondern auch aus ihrer engen Verknüpfung mit dem Strafverfahren selbst. Hier handle es sich um „Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Strafprozesses."

(2) Das BVerwG NJW 61, 571 (572) hat diese Rechtsprechung ausdrücklich aufgegeben. Es trennt verwaltungsrechtliche und strafprozessuale Maßnahmen zutreffend nach dem Zweck, dem ein Eingriff dienen soll. Man müsse unterscheiden, ob Unterlagen nach § 81 b StPO die Durchführung eines Strafverfahrens fördern oder aber Aufgaben rein polizeilicher Natur erfüllen sollten.

d) Es fragt sich, wie weit polizeiliche Tätigkeit und Strafverfolgung miteinander verbunden sind. Welche Ähnlichkeiten und Verwandtschaften zeigen diese beiden Rechtsgebiete?

---

[26] BVerfG 16, 2o1

aa) Drews-Wacke weisen darauf hin, daß die Polizeibeamten eng mit der Staatsanwaltschaft zusammenarbeiten.[27] Schon auf Grund der allgemeinen Aufgabe, die Sicherheit und Ordnung des Gemeinwesens zu wahren, müsse die Polizei strafbare Handlungen verhüten; als besonders bestellte Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft seien sie außerdem Strafverfolgungsbehörden. Scupin[28] erklärt, auch die Strafrechtspflege ziele neben dem Ausgleich der gestörten sittlichen Ordnung „auf allgemeine Ordnung und Sicherheit innerhalb der Rechtsgemeinschaft" ab.

Der Strafprozeß kennt präventive Eingriffe, §§ 111a, 112.III, 126 a StPO; sie beziehen sich als „systemwidrige Fremdkörper" [29] nicht auf den Ablauf des anhängigen Verfahrens, sondern sollen die Allgemeinheit vor drohenden Gefahren schützen.[30] Die schnelle, schlagkräftige und erfolgreiche Strafverfolgung fördert mittelbar die Abwehr des Verbrechens. Sie schreckt mögliche Täter wirkungsvoller ab als hohe Strafdrohungen.[31]

Strafprozessuale und polizeiliche Maßnahmen ergänzen sich daher. Sie haben gemeinsame Schutzgüter und dienen dem Allgemeininteresse an einem geordneten und sicheren Zusammenleben der menschlichen Gemeinschaft. Der Staat muß seine Bürger vor Störungen und Rechtsbrüchen bewahren und Verbrechen verhüten.Er muß das Verbrechen verfolgen und den schuldigen Täter zur Rechenschaft ziehen.

bb) Die Tätigkeit der Polizei schützt vor drohenden Rechts- und Ordnungsverletzungen, sie beseitigt eingetretene Störungen. Die Polizei wird vorbeugend tätig; ihre Maßnahmen richten sich grundsätzlich gegen den Störer. Demgegenüber erfolgen die Eingriffe der Strafverfolgungsbehörden typischerweise im repressiven System. Sie richten sich gegen den Verdächtigen oder sonstige Verfahrensbeteiligte, wie z.B. den Zeugen, den Sachverständigen oder den Inhaber bestimmter Gegenstände.

---

27) Drews-Wacke S.113

28) Scupin DÖV 57,548(549)

29) Sax „Grundrechte" S. 980

30) KMR (Müller) § 111 a Anm 1; Baumann JZ 62,689 (692)

31) Peters LB S.155; Scupin DÖV 57,549

(1) Nach §§ 152 GVG, 1 V Bd-W-VO v. 29.9.1958 können Angehörige der Schutz-, Wasserschutz-, Bereitschafts- und Kriminalpolizei vom Dienstgrad des Hauptwachtmeisters aufwärts als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft in die Strafverfolgung eingeschaltet werden. Sie sind nicht nur nach § 163 StPO verpflichtet, strafbare Handlungen zu erforschen, sondern haben weitergehende prozessuale Eingriffsrechte, §§ 81 a II, 81 c III, 98 I, 1o5 I StPO. Die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sind zwar organisatorisch nicht dem Justizdienst eingegliedert und bleiben Beamte der Verwaltung.[32] Sie üben jedoch Strafverfolgungstätigkeit und damit Justiztätigkeit im funktionalen Sinn aus.[33] Die Hilfsbeamten unterstehen daher der Sachaufsicht des Staatsanwalts.[34] Ihre Maßnahmen sind keine Polizeiverfügungen,[35] sondern die richterliche Entscheidung vorbereitende Hilfstätigkeit und damit echte Prozeßmaßnahmen, die nach den Vorschriften der StPO anzufechten sind.[36]

(2) Strafrechtliche und polizeiliche Tätigkeit können sich überschneiden. Die Polizeibeamten müssen - vom gleichen äußeren Sachverhalt ausgehend- präventive und repressive Maßnahmen treffen, die sich eng miteinander verzahnen können.

Wenn etwa ein Verbrecher eine Wohnung in Brand stecken will, so hat die Polizei den Anschlag abzuwehren (polizeiliche Tätigkeit). Sie muß den flüchtigen Täter verfolgen und ihn festnehmen (strafrechtliche Tätigkeit). Gleichzeitig wird sie den Brandherd einzudämmen und zu löschen versuchen. Die Polizei entfernt Benzinkanister, die der Täter bereit gestellt hat, aus der Nähe des Gebäudes

---

32) s.Eyermann-Fröhler „VwGO"-Kommentar 4.Aufl. 1965 § 179 Rdnr 3,5; Peters LB S. 139,158

33) Schwarz-Kleinknecht EGGVG § 23 Anm 2; Peters LB aaO.

34) Schwarz-Kleinknecht GVG § 152 Anm 6; differenzierend KMR-Müller-Sax, GVG § 152 Anm 1a (3)

35) Drews-Wacke S. 113, 278; Schwarz-Kleinknecht GVG § 152 Anm 6

36) Schwarz-Kleinknecht EGGVG § 23 Anm 1 A

(polizeiliche Tätigkeit) und beschlagnahmt sie als Tat=werkzeuge und Beweismittel (strafrechtliche Aufklärung). Die Polizei vernimmt anwesende Zeugen der Straftat und sichert etwa vorhandene Spuren (strafrechtliche Tätigkeit).

cc) Die materiellen Polizeimaßnahmen sind inhaltlich und ihrer Art nach mit den Eingriffen des Strafprozeßrechts vergleichbar.[37)]

(1) So darf die Polizei nach den §§ 81 b StPO, 3o Bd-W-PolG Lichtbilder und Fingerabdrücke einer Person aufnehmen. Das kann im Strafverfahren zu Ermittlungszwecken geschehen: Fingerabdrücke des Beschuldigten sollen mit Spuren am Tatort verglichen werden.

Denselben Eingriff vermag aber auch der polizeiliche Erkennungsdienst vorzunehmen. Nach § 81 b StPO können die gewonnenen Unterlagen künftige Täterermittlung erleichtern; im Anschluß an ein Strafverfahren nimmt die Kriminalpolizei die Messungen und Fingerabdrücke in ihre Materialsammlung auf.[38)] Schließlich erlaubt auch § 3o Bd-W-PolG solche Ein=griffe, wenn die Identität eines Polizeipflichtigen anders nicht zuverlässig festzustellen ist oder wenn der Betroffene ohne festen Wohnsitz umherzieht.

Solche rein erkennungsdienstliche Maßnahmen haben vor=beugenden, die Allgemeinheit sichernden Charakter. Sie ge=hören zum materiellen Polizeirecht, auch wenn sie anläßlich eines Strafprozesses nach § 81 b StPO getroffen werden. Sie sind daher Verwaltungsakte, keine Justizakte und müssen vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden.[39)]

(2) Nach den §§ 94 ff, 81 a 1o2 ff StPO und nach den §§ 23-26 Bd-W-PolG können Beschlagnahmen und Durchsuchungen

---

37) Peters LB S.3O; Drews-Wacke S. 114

38) Schwarz-Kleinknecht § 81 b Anm 3; KMR (Sax) § 81 b Anm 3

39) BVerwG NJW 61,572 - aufgegeben BVerwG 2, 3o2; vgl. E.Schmidt § 81 b Anm 1

strafprozessualer und polizeilicher Art vorgenommen werden. Über die richtige Einteilung entscheiden Sinn und Zweck einer Maßnahme:

Der strafprozessuale Eingriff soll das Verfahren vorwärtstreiben. Er bezweckt die Ergreifung und Überführung des Beschuldigten, und sichert Beweismittel oder sonstige Gegenstände, die das Gericht einziehen kann.

Das Polizeigesetz berechtigt demgegenüber zu Eingriffen aus allgemeinpolizeilichen Gründen.[40] Beschlagnahme und Durchsuchungen sollen Rechts- und Ordnungsverletzungen verhüten oder schon eingetretene Störungen beseitigen. Sicherstellungen dürfen auch zum eigenen Schutz des Gewahrsamsinhabers erfolgen.[41]

(3) Festnahme, Sistierung und Vorführung sind möglich nach den §§ 127; 51 I 2, 133-135, 23o II StPO und den §§ 22, 20 II Bd-W-PolG.

aaa) Hier stuft das materielle Polizeirecht seine Eingriffe feiner ab und gestattet inhaltlich umfassender ausgestaltete Maßnahmen als der Strafprozeß: Gewahrsam gegen den Störer, Schutzhaft und kurzfristige Sistierung.

Ein Teil der Literatur und Rechtsprechung neigt deshalb dazu, die Befugnisse des Polizeirechts auch in das Strafverfahren zu übertragen. So verweisen Schwarz-Kleinknecht auf die „landesrechtlichen Vorschriften", die es der Polizei auch im Strafverfahren erlaubten, jemand zur Feststellung seiner Personalien auf die Wache zu bringen.[42] Obgleich diese Maßnahme zum Zweck der Strafverfolgung getroffen werde, beruhe sie nicht auf § 127 StPO, sondern auf dem Polizeirecht.[43] Der Polizeibeamte solle

---

40) Die Unterscheidung kann bedeutsam werden beim Entzug des Führerscheins durch die Polizei, §§ 94, 111 a StPO; vgl Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 111 a Anm V 2 (Ergänzung).

41) vgl Reiff §§ 26 Anm I 1; 27 Anm I 1,2

42) Schwarz-Kleinknecht § 163 Anm 8; RGSt 67, 351 (354)

43) Reiff § 2o Anm III 4; OLG Neustadt 52, 1o27

sich im Strafverfahren aller ihm auch sonst zustehenden Mittel bedienen dürfen. Auch Peters[44] anerkennt die Doppelermächtigung der Polizei: Da die Aufklärung von Verbrechen nicht nur repressive, sondern auch präventive Bedeutung habe, könnten die Länder aus ihrer polizeirechtlichen Kompetenz heraus auch Regelungen treffen, die der Strafverfolgung zugute kämen.

bbb) Der BGH und überwiegend auch das Schrifttum vertreten jedoch eine gegensätzliche Auffassung.[45] Die Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden und damit auch der nach § 163 StPO ermittelnden Polizeibeamten seien bundesrechtlich erschöpfend und ausschließlich in der StPO geregelt, Art 74 Z 1, 72 I, 31 GG. Die zwangsweise Vorführung des Polizeirechts sei lediglich unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr zulässig. In jedem Aufgabengebiet könnten nur die dafür vorgesehenen Befugnisse angewandt werden.[46]

ccc) Diese Unterscheidung nach Funktionsbereichen ist berechtigt. Zwar sind Strafverfolgung und sicherheitspolizeiliche Tätigkeit auf vergleichbare Ziele ausgerichtet. Die Ähnlichkeit der beiden Rechtsgebiete gestattet aber nicht, Zwangsmaßnahmen gegenseitig auszutauschen und durch Befugnisse aus dem anderen Aufgabenkreis zu ergänzen. Auf dem Sondergebiet der StPO ist die Anwendung der Zwangsmittel abschließend geregelt. Man muß im Strafprozeß daher auf den § 127 StPO i.V.m. § 360 Z 8 StGB zurückgreifen, um die Personalien eines widerspenstigen Zeugen oder Beschuldigten auf der Polizeiwache feststellen zu können.[47] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der mit der Übernahme der zwangsweisen

---

[44] Peters LB S. 156

[45] BGH NJW 62, 1020; KMR (Müller) § 123 Anm 1c; Löwe-Rosenberg § 133 Anm 1; Tiedemann JZ 64, 626;

[46] KMR (Müller) aaO; H.W. Schmidt NJW 62, 2191

[47] vgl Peters LB S.353

Verbringung zur Dienststelle nach §§ 2o II, 5 II Bd-W-PolG unmittelbaren Eingang in das Strafverfahren fände, wird jedoch auch in § 127 I StPO eine vergleichbare Tragweite besitzen. Sistierung und vorläufige Festnahme müssen letztlich zum gleichen Ergebnis führen.

(4) Auch die Vorladungen, §§ 48,133, 163 StPO und § 21 Bd-W-PolG stimmen als materiell-polizeiliche und straf= prozessuale Anordnungen in ihrer Art überein. Nach Ansicht Reiffs[48] gilt § 21 PolG auch bei der Aufklärung strafbarer Handlungen, da die Vorladung vielfach nicht nur Zwecken der Strafverfolgung, sondern zugleich auch der Vorbereitung verwaltungsbehördlicher Maßnahmen diene.

Wie schon gezeigt, können sich zwar die Bereiche straf= prozessualer und polizeilicher Tätigkeit weithin über= schneiden. Das befreit aber nicht davon, die auf verschiedene Ziele ausgerichtete Rechtsfiguren methodisch voneinander zu trennen. Die Polizeimaßnahme dient polizeilichen Zwecken - so der klare Wortlaut des § 21 PolG; im Bereich der Justiz fördert die Vorladung das Strafverfahren. Die prozessualen Vorschriften sind abschließend in der StPO geregelt. Auch die Vorladung kann nicht durch materiell= polizeiliche Anordnungen ergänzt werden.[49]

e) Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ist bei allge= meinpolizeilichen und verwaltungsrechtlichen Maßnahmen ausdrücklich im Gesetz geregelt, s.§§ 1,6, 8-14 UZwG, 33-37 Bd-W-PolG.

Es ist strittig, ob diese für den Vollzugsbeamten des Bundes und die Polizei geltenden Vorschriften auch im Strafprozeß zur Anwendung kommen.

aa) Nach Ansicht Reiffs[5o] regelt das Bd-W-PolG die Anwendung unmittelbaren Zwangs nicht nur für den rein

---

48) Reiff § 21 Anm I 2

49) s.a. Löwe-Rosenberg § 163 Anm 3 B

5o) Reiff § 32 Anm III 2

polizeilichen Bereich, sondern auch insoweit, als die Polizeibeamten auf dem Gebiet der Strafverfolgung tätig werden. Das Polizeigesetz greife damit nicht in die Zuständigkeit des Bundes ein, sondern stelle lediglich Mittel bereit, die der Polizei zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach der StPO zur Verfügung stehen müßten.

Das Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwangs -UZwG vom 10.3.1961- gilt auch für die Vollzugsbeamten der Bundesbehörden, die mit Aufgaben der Strafverfolgung betraut sind, § 6 Nr.9 UZwG. Der Fahndungsdienst der Bundesbahn, Forstbeamte der Bundesvermögensverwaltung, sowie die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft sollen im Rahmen der Bundesverwaltung nach Ansicht Wackes[51] vom UZwG erfaßt werden. Ihre Maßnahmen müssen durch dieses Gesetz gedeckt sein.

bb) Das Schrifttum betont demgegenüber weitgehend die Selbständigkeit der strafprozessualen Zwangsanwendung in der StPO.

(1) Nach Ansicht Kleinknechts[52] darf Zwang nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht es zuläßt, vergl. § 136 a I 2 StPO. Das sei der Fall, wenn sich die Notwendigkeit der Erzwingung aus der Natur der einzelnen Maßnahme ergebe, z.B. bei Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme oder körperlicher Untersuchung.[53] Wo die StPO auch gegen den Willen der Beteiligten Eingriffe gestatte, könnten sie von den Strafverfolgungsorganen auch gewaltsam durchgesetzt werden. Die polizeilichen Vorschriften, nach denen der unmittelbare Zwang anzudrohen sei, gälten im allgemeinen nicht für die Strafverfolgung - ausgenommen jedoch beim Gebrauch von Schußwaffen, § 13 I UZwG.

Wacke verweist darauf, daß das UZwG sich an den Verwaltungsbeamten, nicht aber an die Gerichtsbarkeit wende.[54]

---

51) s.Wacke JZ 62, 137 (140)

52) Schwarz-Kleinknecht Einl 1 He; Kleinknecht NJW 64, 2181

53) s.a. Tiedemann JZ 64, 627

54) Wacke JZ 62, 138

Maßnahmen der StPO - Beschlagnahme, Durchsuchung - würden gerade nicht erfaßt und blieben von den Bestimmungen dieses Gesetzes unberührt, § 1 II UZwG.

(2) In enger Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit versucht Müller[55] das Problem zu lösen. Die Zulässigkeit unmittelbaren Zwangs im Strafprozeß beruhe nicht auf polizeilichen Normen des Landesgesetzgebers, sondern bereits auf der StPO. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs sei daher nicht rechtswidrig, wenn sie zwar die engeren landesrechtlichen Bestimmungen überschreite, sich aber noch im Rahmen der Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit halte.[56] Allerdings seien die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen meist nähere Erläuterungen dieser Grundsätze. Der Verstoß gegen die polizeilichen Vorschriften könne daher zugleich das Übermaßverbot der StPO verletzen.

cc) Dieser Meinung ist zuzustimmen. Die StPO regelt nicht nur abschließend die einzelnen Zwangsmittel, die im Prozeß anwendbar sind. Die sinnvolle Auslegung des Gesetzes ergibt zugleich auch die Zulässigkeit strafprozessualer Gewaltanwendung. Wesen und Zweck der §§ 81 a, c, 94 ff, 1o2, 1o3 ff, 127 StPO gestatten es, einen auf frischer Tat betroffenem, flüchtigen Verbrecher mit Gewalt festzunehmen, bei einer Haussuchung verschlossene Türen oder Schränke aufzusprengen, einen angetrunkenen Kraftfahrer zum Arzt oder auf die Polizeiwache zu bringen und dort bis zur Blutentnahme festzuhalten. Die Strafverfolgungsbehörden müssen rechtmäßig angeordnete Maßnahmen auch gegenüber dem widerspenstigen Beschuldigten oder Zeugen durchführen können; das Strafprozeßrecht erlaubt insoweit die Anwendung unmittelbaren Zwangs.

Die nähere Ausgestaltung der Zwangsanwendung gewähren die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Verhältnismäßig-

---

55) KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 5 b

56) so BayObLG 59,38

keit und Notwendigkeit.[57] Infolge der Ähnlichkeit materiell-polizeilicher und strafprozessualer Maßnahmen, die beide der Verbrechensbekämpfung dienen, können die polizeilichen und verwaltungsbehördlichen Vorschriften weitgehend herangezogen werden, um den Rahmen der Verhältnismäßigkeit abzustecken. Das Verwaltungsrecht zeigt Grenzen für die Anwendung von Gewalt, die auch im Strafprozeß Anhaltspunkte und Richtlinien bieten. Das gilt gerade auch für den Schußwaffengebrauch, das schärfste Zwangsmittel des Strafverfahrens.[58] Das Gericht muß die Schranken der Verhältnismäßigkeit jedoch im Einzelfall bestimmen, ohne unmittelbar an die polizeirechtlichen Normen oder die Vorschriften des UZwG gebunden zu sein. Neben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in den §§ 5 II, 34 I 3 Bd-W-PolG, 9 II VwVG, 4 II UZwG gilt im Strafverfahren ein eigenständiges Verbot des Übermaßes. Es kann allerdings nach Reichweite und Umfang weitgehend mit dem verwaltungsrechtlichen Prinzip übereinstimmen.

f) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit läßt sich nach Art und Inhalt der Zwangsmaßnahmen organisch in den Strafprozeß eingliedern. Die moderne Entwicklung des Verfahrens sucht die Rechte des Beschuldigten und der anderen Prozeßbeteiligten möglichst weitgehend zu schützen und abzusichern. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist eines der Mittel, mit dem sich der betroffene Bürger gegen hoheitliche Eingriffe im Strafprozeß zur Wehr setzen kann. Im Verwaltungsrecht hat sich dieser Grundsatz seit alters bewährt. Die vielfach gleichartige Situation im Strafverfahren vermag seine Anwendung auch hier zu rechtfertigen.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach kein von der Verfassung aufgepfropfter Fremdkörper der StPO.

---

[57] so richtig KMR (Müller) aaO

[58] vgl schon RG 65, 392 (394)

Er verfeinert die Rechtsanwendung im Strafverfahren und weist auf die Anforderungen hin, die das Grundgesetz an die Zulässigkeit prozessualer Eingriffe stellt. Die §§ 112 I 2, 12o I 1 StPO im Haftrecht verkörpern deshalb keine Ausnahme, sondern sind Ausprägungen eines allgemeinen Prinzips der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß.[59)]

Z u s a m m e n f a s s u n g I:

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt als Forderung des Verfassungsrechts auch für die hoheitlichen Maßnahmen im Strafverfahren. Er ist Erzeugnis und eigenständiges Glied einer prozessualen Entwicklung, die die Werte des Grundgesetzes auch im Strafverfahren vor übermäßig schweren Eingriffen zu bewahren sucht. Dem Interesse an der Strafverfolgung treten gleichberechtigte Belange des Einzelnen gegenüber.

2.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat seinen unmittelbaren Ausdruck im neuen Haftrecht der StPO gefunden, §§ 112 I, 114 III, 12o I 1 StPO; er ist ferner in § 13 III Nr.2 Bd-W-LPrG niedergelegt. Diese Normen sind Ausdruck eines allgemeinen Verfahrensprinzips, das bei allen prozessualen Eingriffen zu beachten ist.

3.) Der Vergleich des Strafverfahrens mit dem Verwaltungs- und Polizeirecht, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entwickelt und als Rechtsfigur geformt haben, umreißt Tragweite und Bedeutung des prozessualen Rechtssatzes. Strafverfahren und Verwaltungsrecht treten dem Bürger im hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gegenüber. Die Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane sind nach ihrem materiellen

---

59) KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b (2); Peters LB S. 358; BVerfG 16, 2o1

Gehalt keine Rechtsprechung, sondern den Verwaltungs=
akten ähnliche richterliche Einzelgriffe. Die Polizei=
maßnahmen sind nach ihrer Art und ihrem Inhalt den Zwangs=
mitteln des Strafprozesses verwandt. Sie dienen jedoch
der Verbrechensverhütung und können nicht in das bundes=
rechtlich geregelte, repressive System der StPO übernommen
werden. Die Anwendung unmittelbaren Zwangs ergibt sich im
Strafprozeß aus dem Sinn und Zweck der prozessualen Eingriffs-
mittel. Die Grenzen regelt der Grundsatz der Verhältnis=
mäßigkeit, der sich ohne dogmatische Schwierigkeiten in
das Prozeßrecht eingliedern läßt.

II. Die Interessenabwägung

A) Das allgemeine Prinzip

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fußt auf dem Ausgleich gegensätzlicher Interessen. Er ist ein Sonderfall übergesetzlicher Wertabwägung,[1] der die Erfordernisse der Strafverfolgung und die Rechte des inzelnen miteinander in Einklang bringen will.

b) Diese Interessenabwägung hebt auf den Einzelfall ab. Sie mißt die beteiligten Rechtswerte und Schutzgüter nicht in ihrer abstrakten Bedeutung, sondern nach ihrem Einfluß in der konkreten Situation. Der Schaden, der bei der Durchführung einer Maßnahme zu erwarten ist, darf nicht außer Verhältnis zum beabsichtigten Erfolg stehen.[2] Die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeitssphäre des Beschuldigten muß der strafrechtlichen Bedeutung des Falls angemessen sein.

B) Der Eingriff in die Rechte des Bürgers - das Mittel

a) Die Schwere einer Strafverfolgungsmaßnahme bestimmt sich nach dem Gewicht, das dem verletzten Rechtsgut des Beschuldigten zukommt. Sie hängt ferner von dem Umfang und dem Ausmaß des jeweiligen Eingriffs ab.

aa) Personenwert hat Vorrang vor dem Sachgüterwert.[3] Die immateriellen, unmittelbar personalen Grundrechte wiegen im allgemeinen schwerer als die materiellen, sachbezogenen Rechte. Das Recht auf Leben, persönliche Freiheit, körperliche Unversehrtheit oder Wahrung der Intimsphäre geht dem Schutz des Eigentums, der Wohnungs- und Berufsfreiheit grundsätzlich vor.

bb) Eine ins einzelne gehende Werttabelle läßt sich jedoch nicht aufstellen. Weitgehend entscheidet die Lage

---

[1] Lerche S. 224; Rupp S. 176, 179

[2] KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b

[3] Maunz-Dürig Art 1 GG Rdnr 33

des konkreten Falls. Es erscheint z.B. unberechtigt, in der Durchsuchung von Presseräumen generell eine stärker belastende Maßnahme zu erblicken als in der Haussuchung,[4] die in das Wohnrecht eingreift, den traditionellen Schutzbereich des Bürgers und seiner Familie. Bei derart gleichwertigen Rechtsgütern entscheidet das Ausmaß der konkreten Verletzung, ihr Umfang und ihre Zeitdauer. Die wochenlange Beschlagnahme und Durchsuchung der Redaktionsräume kann den Nerv eines Unternehmens treffen; die Maßnahme ist einschneidender als eine Wohnungsdurchsuchung, die innerhalb einer Stunde beendet ist.

Dieser Zeitfaktor zeigt sich auch beim Vollzug der Untersuchungshaft. Die zu Recht angeordnete Verhaftung wird unverhältnismäßig, wenn sie zu lange andauert, §§ 120 I 1, 121 I, II StPO;[5] die Strafverfolgungsbehörden müssen daher den Haftbefehl aufheben.

b) Die Ermittlungsbehörden können unmittelbar und gezielt in Rechte der Verfahrensbeteiligten eingreifen oder nur mittelbar durch die Nebenfolgen einer Maßnahme.

aa) Unstreitig ist, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit alle Grundrechtsverletzungen abwägt, die die Strafverfolgungsorgane bewußt und bezweckt vornehmen. Der Grundsatz prüft die strafprozessuale Maßnahme selbst und den Umfang des unmittelbaren Zwangs zu ihrer Durchführung.[6] Körperliche Eingriffe anläßlich einer Festnahme, §§ 127, 112 StPO, unterstehen ihm ebenso wie die Freiheitsbeschränkung, die notwendig mit der Entnahme einer Blutprobe verknüpft ist, § 81 a StPO.[7]

---

[4] Klug S. 82; vgl a. BVerfG NJW 66, 1607

[5] s.a.BVerfG NJW 67, 871; 1019

[6] KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 5 a; Kleinknecht MDR 64, 2184

[7] Kern „Grundrechte" S. 65;KMR (Müller) § 127 Anm 3a; OLG Schleswig NJW 53, 275; 64, 2215; OLG Hamburg MDR 65, 152; OLG Bremen NJW 66, 743

bb) Fraglich ist jedoch, ob das Prinzip der Verhältnismäßigkeit auch die ungewollten, mittelbaren Nebenfolgen des Strafverfahrenseingriffs berücksichtigen kann.

(1) Lerche[8] vertritt für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Gesetzes die Ansicht, die Norm könne nur dann dem Übermaßverbot unterworfen sein, wenn zumindest die Ausgangsberührung der Grundrechtssphäre „zielgerichtet" sei. Man dürfe dem Gesetzgeber keine Lasten auferlegen, die er nicht mehr absehen könne und deren Bewertung ihm daher auch nicht zumutbar sei.

Evers[9] rechnet die zufälligen und ungewollten Begleiterscheinungen eines Hoheitsakts nicht mehr unter die abwägungsfähigen „Eingriffe". Maßnahmen mit solchen Nebenfolgen seien nicht vom Vorliegen besonderer Voraussetzungen abhängig. Der Staat müsse derartige Beeinträchtigungen eben „möglichst vermeiden".

(2) Nach der entgegengesetzten Meinung gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gleichermaßen für „gewollte und ungewollte Verheerungen".[10]

Dreves betont,[11] die Nebenfolgen der Untersuchungshaft seien in vollem Umfang zu berücksichtigen, z.B. der Verlust der beruflichen Stellung, die Vernichtung der gewerblichen Existenz oder die Gefährdung der Familie.

cc) Die Strafverfolgungsbehörden können Grundrechtsverletzungen nur berücksichtigen, soweit sie überhaupt erkennbar und vorhersehbar sind. Die gegensätzlichen Interessen müssen sich als Grundlagen des Verhältnismäßigkeitsurteils abzeichnen. Der Richter muß seine Prognose auch hinsichtlich der voraussichtlichen Nebenwirkungen eines Eingriffs stellen können.

---

[8] Lerche S.151

[9] Evers S.46; s.a. Forsthoff LB S.304

[10] Rupp S.197; Kleinknecht NJW 66, 1540

[11] Dreves DRiZ 65, 110

Für das Übermaßverbot im Strafprozeß ist dabei zu fordern, daß die Maßnahme mit hoher, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Grundrechte verletzen wird. Nur mögliche, selbst „naheliegende" Eingriffe in die Rechte des Beschuldigten braucht das Gericht nicht zu bewerten, vgl §§ 114 III, 12o I 1 StPO. Unbeabsichtigte Nebenfolgen können eine Strafverfolgungsmaßnahme deshalb nur in diesem Rahmen beschränken. Der Ansicht Lerches ist insoweit zuzustimmen: das Gericht darf im Verbot des Übermaßes keine Nebenfolgen berücksichtigen, die nicht klar abzusehen sind.[12] Zieht man jedoch hier die Grenzen so bedeutet das gleichzeitig, daß die Strafverfolgungsorgane mittelbare, aber vorhersehbare Nebenfolgen einer Maßnahme bewerten müssen.

(1) Diese Rechtsansicht kann Zweifel aufwerfen, soweit derartige Nebenfolgen vom Beschuldigten selbst, seiner Einflußsphäre oder engeren Umgebung ausgehen. Können sich die Strafverfolgungsorgane gewissermaßen erpressen lassen, wenn der Beschuldigte glaubhaft androht, er werde sich bei Eröffnung eines Strafverfahrens das Leben nehmen? Wenn sich das Strafverfahren nicht einstellen läßt,[13] eine Ahndung der Straftat also notwendig ist, §§ 153 ff StPO, müßte die Staatsanwaltschaft trotzdem Anklage erheben. Die vom Beschuldigten ausgehende Selbstmordgefahr könnte durch die Anordnung polizeilicher Schutzhaft beseitigt werden.

Dasselbe Problem tritt auf, wenn sich etwa der aufgeregte jugendliche Beschuldigte einer drohenden Verhaftung in Panik durch einen tödlichen Sprung aus dem Fenster entziehen wollte. Hier darf bei relativ geringem Strafvorwurf - auch Diebstahl, Betrug, Unterschlagung - die Polizei nicht weiter vorgehen. Falls sich die Maßnahme nicht zu

---

[12] vgl a. unten S.117(1) (2)

[13] vgl Peters 1.Aufl. S. 8 (Fall 1)

anderer Zeit und unter anderen Umständen nachholen läßt, müssen die Strafverfolgungsbehörden auf eine Festnahme überhaupt verzichten. Sie können sich nicht auf den formalen Standpunkt stellen, Handlungen des Beschuldigten müsse sich die Strafverfolgung nicht zurechnen lassen. Die Reaktion des Beschuldigten wird letztlich durch das strafprozessuale Einschreiten und den drohenden Hoheitsakt veranlaßt. Solche Auswirkungen einer durch die Strafverfolgung geschaffenen, typischen Gefahrenlage sind dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit unterworfen.

(2) Auch Auswirkungen der Strafverfolgung im persönlichen und sozialen Bereich - Ächtung des Angeklagten, Boykott und beruflicher Ruin - wird der Staat nicht „verschulden". Er vermag solche gesellschaftlichen Sanktionen nicht zu verhindern, lenken oder beeinflussen. Auch hier könnte man erwägen, die Reaktion der Allgemeinheit allein dem Beschuldigten aufzubürden. Die Wirksamkeit der Strafverfolgung sollte durch unvermeidbare Ressentiments nicht weiter belastet und eingeschränkt werden, notwendige Eingriffe sollten aus diesen Gründen nicht unterbleiben.

Die Unschuldsvermutung spricht jedoch gegen diese Belastung des Angeschuldigten. Wer nur verdächtig ist, hat für die Emotionen der Bevölkerung nicht einzustehen. Die Strafverfolgungsorgane vertreten die Interessen der Allgemeinheit; sie veranlassen die Maßnahme. Sie müssen sich deshalb solche gefährlichen, vorhersehbaren Auswirkungen des Strafverfahrens zurechnen lassen. Übermäßig belastende, sicher eintretende Nebenfolgen hat der Strafrichter zu berücksichtigen: er wird die gefährliche Maßnahme unterlassen. Das kann im Rahmen der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts eine besondere Prozeßgestaltung erzwingen.

B e i s p i e l: Die Staatsanwaltschaft will eine Strafsache wegen Kuppelei unter Eheleuten, § 181 StGB, nicht vor dem Schöffengericht, sondern zusammen mit anderen, umfangreichen Verfahren bedeutend schwererwiegender Art vor der Großen Strafkammer beim Landgericht anklagen,

§§ 24, 74 GVG, 2 StPO. Die Hauptverhandlung verspricht trotz Ausschluß der Öffentlichkeit und Photographierverbot ein Sensationsprozeß in der kleinen Stadt zu werden. Die Anschuldigungen stehen aber nach Anzahl, Gewicht und Begehungsart in keinem Verhältnis zueinander. Die Neugier und Empörung der Bevölkerung, die sich an den schweren Straftaten der anderen Angeklagten entzünden, träfen bei einheitlicher Hauptverhandlung auch den vergleichsweise harmlosen Beschuldigten.

Das Gericht muß hier die Gesichtspunkte zweckmäßiger und schneller Verhandlungsführung hinter der möglichen Schonung des Angeklagten zurückstellen [14] und die Prozesse trennen, s. RiStV Nr. 104 II. Die Verfahrensgestaltung darf den Angeklagten nicht unverhältnismäßig belasten. Wenn die Belange des Beschuldigten in diesem Ausmaß verletzt werden, so verstößt das nicht nur gegen das „nobile officium" des Gerichts, sondern ist auch als Rechtsverletzung angreifbar.[15]

C) Die Aufklärungspflicht der Strafverfolgungsorgane

Das Allgemeininteresse an einem gesicherten und geordneten Zusammenleben begründet das „Strafverfolgungsinteresse", das an der Ermittlung der Wahrheit im konkreten Fall besteht. Das Strafverfolgungsinteresse bemißt sich nach der Bedeutung der Sache und nach der Höhe der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung, vgl § 112 I 2 StPO.

a) Die Höhe der voraussichtlichen Strafe gründet sich auf die Tatsachen, die Staatsanwaltschaft und Gericht im Zeitpunkt der Prognose aufgedeckt haben. Sie unterstellt

---

[14] vgl BVerfG 17, 108 (117)

[15] Schwarz-Kleinknecht Einl 7 F; KMR(Sax) Einl 13 e; BVerfG 17, 108 (117). Die Bedenken, die E.Schmidt JZ 65, 733 gegen diese weitreichenden Folgen einer „Fürsorgepflichtverletzung" äußert, scheinen jedenfalls bei solch groben Verstößen unzutreffend.

den Schuldnachweis. Zu Beginn der Ermittlungen kann die Vorausschau erschwert und manchmal sogar unmöglich sein.[16] Die Beurteilung erleichtert sich aber bei fortschreitendem Verfahren und höherem Verdacht. Je klarer die Prozeßlage ist, desto sicherer und genauer können die Ermittlungsbehörden die zu erwartende Strafe abschätzen.[17] Liegt ein - noch nicht rechtskräftiges - Urteil vor, so ergibt sich die voraussichtliche Strafe des Rechtsmittelgerichts grundsätzlich aus diesem Urteil, vgl § 120 I 2 StPO.[18]

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung müssen die Strafverfolgungsorgane auch die voraussichtliche Aussetzung einer Strafe zur Bewährung, § 23 StGB, die bedingte Entlassung, § 26 StGB, und die Umwandlung der eigentlich verwirkten Freiheitsstrafe in eine Ersatzgeldstrafe nach § 27 b StGB berücksichtigen.[19] Diese Maßnahmen des Gerichts lassen zwar die Verurteilung als solche unberührt, wirken jedoch auf den Vollzug der Strafe ein, die nach §§ 25 I, 26 II StGB ganz oder teilweise erlassen werden kann. Die Strafaussetzung zur Bewährung und die bedingte Entlassung sind keine Gnadenakte, sondern echte Rechtsinstitute.[20] Ihre Berücksichtigung im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit kann allerdings Schwierigkeiten bereiten, besonders bei § 26 StGB: die Strafverfolgungsbehörden müssen hier das Verhalten des Beschuldigten nach Erlaß des Urteils würdigen. Ob sich im Ermittlungsverfahren eine Prognose für diesen Zeitraum mit der nötigen Klarheit überhaupt stellen läßt, scheint fraglich.[21]

---

16) sehr kritisch Schmidt-Leichner NJW 61,338; E.Schmidt S. 112 Rdnr 8, 28 c (Nachtrag)

17) vgl Kleinknecht JZ 65, 114; Heinitz JR 61, 242

18) KMR (Müller) § 120 Anm 1 b (1)

19) vgl Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 112 Rdnr 15 (Ergänzung); Schultz JR 63, 298; von Stackelberg NJW 60, 1266

20) Schwarz-Dreher Vorb § 23 Anm 2 A c, d; Schönke-Schröder §§ 23 Rdnr 4; 26 Rdnr 2

21) vgl a. Kleinknecht MDR 65, 781

b) Neben der Höhe der zu erwartenden Strafe hebt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die Bedeutung der Strafsache ab.

aa) Baumann[22] sieht in der Verwendung dieser beiden Begriffe eine Tautologie. Bedeutsam sei eine Tat nach dem Maß ihrer Rechtsgutsverletzung und der darauf stehenden Strafe. Die Tatschwere könne nur in diesem Sinn die Untersuchungshaft beeinflussen. Die Erregung der Öffentlichkeit dürfe keine unbedeutende Tat nachträglich zur bedeutenden machen.[23]

bb) Die überwiegende Meinung im Schrifttum legt demgegenüber den unbestimmten Rechtsbegriff der Bedeutung der Sache weiter aus. Sie berücksichtigt nicht nur das Unrecht der Tat, die Art der Tatausführung, das Gewicht des verletzten Rechtsguts und die unterstellte Schuld und Gefährlichkeit des Täters. Die Bedeutung der Strafsache erfasse auch - in engerem Rahmen als nach § 24 I Nr. 3 GVG - das berechtigte Interesse der Öffentlichkeit an der Durchführung des Verfahrens und an der Herbeiführung eines Gerichtsurteils.[24] Nach Ansicht Müllers [25] beschränkt dieser zusätzliche Grad-messer der Verhältnismäßigkeit das sonstige Streben des Prinzips, das strafähnliche Übel der Haft möglichst in den Grenzen der voraussichtlichen Strafe zu lassen und betont den ursprünglichen Sicherungszweck der Maßnahme.

cc) Die Bedeutung der Sache wird richtigerweise nicht mit der „zu erwartenden Strafe" gleichgesetzt. § 112 I 2 StPO geht offenbar von einem unterschiedlichen Umfang der Begriffe aus; die Bedeutung der Strafsache erfaßt nicht nur die Höhe der Bestrafung.

---

22) Baumann JZ 651, 652

23) so auch Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 3 A; Philipp DRiZ 65,83

24) KMR(Müller) §§ 120 Anm 1 b (3):„unabweisbares Bedürfnis der Allgemeinheit"; § 112 Anm 8 b; Kleinknecht JZ 65, 114; Peters „Gutachten" S. 141; Löwe-Rosenberg(Dünnebier) § 112 Anm 15 (Ergänzung)

25) KMR (Müller) § 120 aaO

(1) Die Rechtspflege darf nicht von der öffentlichen Meinung abhängig werden und Straftaten dort besonders hart verfolgen, wo es die von einer Sensationspresse gelenkte Stimme des Volkes will. Gericht und Staatsanwaltschaft werden auch in solchen Fällen unbefangen zuerst auf die Höhe der Strafe abstellen, die nach dem Maß der Schuld und unter den Gesichtspunkten der Abschreckung und Besserung zu erwarten ist.

(2) Die Durchführung der strafprozessualen Maßnahme hängt aber auch von anderen Einflüssen ab. Die Strafrechtspflege soll gerade im demokratischen Staat mit dem Volk verbunden bleiben. Die Bewährung des Rechts im Prozeß stärkt das Vertrauen zur Justiz. Die rechtspolitische Aufgabe eines Verfahrens kann sich in seiner Durchführung erschöpfen; der Prozeß erlangt selbständige Bedeutung. Das wohlverstandene Interesse an der gerichtlichen Aufklärung eines Sachverhalts, der wegen der beteiligten Personen und der Art seines Delikts in hohem Maß die Öffentlichkeit berührt, beeinflußt daher die Bedeutung der Strafsache.[26)]

c) Gerichtsentscheidungen und Literatur berücksichtigen teilweise, ob der Beschuldigte durch Störversuche die Ermittlungen erschwert hat. Bei dadurch verlängerter Aufklärungsarbeit erhöhe sich die angemessene Dauer der Untersuchungshaft oder Durchsuchung;[27)] der Beschuldigte müsse sich sein Verhalten bei der Bewertung des Strafverfolgungsinteresses anrechnen lassen.

Von Stackelberg vertritt demgegenüber die Meinung, die Angemessenheit der Frist bis zur Aburteilung des Beschuldigten sei ein objektiver Begriff.[28)] Ob die Schwierigkeit

---

26) so BVerfG NJW 66, 1615; BGH NJW 61, 1591; Philipp DRiZ 65, 950: nicht zuungunsten des Beschuldigten; anders OLG Köln NJW 61, 1593

27) OLG Bremen NJW 60, 1265 ff; BGHZ 45, 30 ff; Guradze NJW 60, 1243; Schultz JR 63, 298; Woesner NJW 61, 1385

28) von Stackelberg NJW 60, 1266

der Aufklärung auf einem Verschulden des Verdächtigen beruhe, sei gleichgültig. Wer auf ein Verschulden abstelle, behandle die Untersuchungshaft als Strafe oder Beugemaßnahme. Baumann[29] betont, Aufklärungsschwierigkeiten dürften nicht den Ausschlag für die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme geben. Vor allem könne das Gericht Untersuchungshaft wegen einer leichten Straftat nicht so lange anordnen, bis die Beweisschwierigkeiten behoben seien.

Richtigerweise ist für diesen Streit zwischen dem Verhältnismäßigkeits- und dem Erforderlichkeitsgrundsatz zu unterscheiden:

aa) Wenn der Beschuldigte vor dem Untersuchungsrichter ein Geständnis ablegt und die Strafverfolgungsbehörden auf das Versteck hinweist, wo er die gestohlenen Sachen oder die gesuchten Belege aufbewahrt hat, wird die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen frühzeitig abschließen können. Einschneidende Maßnahmen sind kaum mehr erforderlich; Wohnungsdurchsuchung und Haft sind in kürzester Frist beendet.

Macht der Beschuldigte dagegen von seinem Recht zu leugnen Gebrauch, verweigert er die Aussage oder täuscht er die Ermittlungsorgane und lenkt die Untersuchung in eine falsche Richtung, so verzögert sich die Aufklärung. Der Abschluß der Ermittlungen und damit die Dauer der Haft verlängert sich; weitere, eingehende Aufklärungsmaßnahmen werden notwendig. Der Beschuldigte kann nur unter verstärkten Anstrengungen überführt werden; das Prinzip der Erforderlichkeit läßt daher schwere Eingriffe zu.

bb) Der notwendige Eingriff findet aber seine Schranken im Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Wenn die Untersuchungshaft den Zeitraum überschreitet, den der Beschuldigte als Strafe nach der Bedeutung der Sache zu erwarten hat, so ist der Haftbefehl aufzuheben.[30]

---

[29] Baumann JZ 62, 649 (651); vgl a.Herzog JZ 66, 657 (659)

[30] von Stackelberg aaO

(1) Der Umfang einer Strafsache läßt die „besondere Bedeutung des Falls" nach § 24 I 2 und 3 GVG in der Regel unberührt, vgl RiStV Nr. 108 II 3.[31] Die Bedeutung der Strafsache innerhalb der Verhältnismäßigkeitsabwägung bei prozessualen Eingriffen kann nicht weiter ausgelegt werden.[32]

(2) Wenn der Beschuldigte leugnet oder die Aussage verweigert, macht er von seinen prozessualen Rechten Gebrauch, s. §§ 136 I 2, 163 a StPO. Das schließt zwar verfahrensrechtliche Konsequenzen nicht aus;[33] die Grenze des Übermaßes darf aber bei zulässigem Prozeßverhalten nicht überschritten werden.

Dasselbe muß gelten, soweit sich der Beschuldigte unerlaubter Verteidigungsmittel bedient. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine „objektive" Begrenzung eigentlich zulässiger Maßnahmen. Er stellt nicht auf das Verhalten des Beschuldigten ab, das stets den Ermittlungseingriff veranlaßt.[34] Das Übermaßverbot bewertet keine Schwierigkeiten der Aufklärung selbst, sondern bezieht sich auf den Zweck der Ermittlungen, auf das Ziel des Verfahrens. Das Gericht kann den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gegenüber dem widerspenstigen Beschuldigten nicht weiter ausdehnen als gegenüber dem gefügigen.

d) Bewertet das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht nur das gegenwärtige, verfahrensbezogene, sondern auch ein zukünftiges Interesse der Strafverfolgung? Baumann[35] erörtert dieses Problem bei der Prüfung, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einen Haftgrund der Wiederholungsgefahr anerkennen kann. Das ist zu bejahen; in geringem Umfang verfolgt das Strafverfahren auch präventive Zwecke, §§ 111 a, 112 III, 126 a StPO.[36] Hier stellt sich die

(Müller-Sax)

31) Schwarz-Kleinknecht GVG § 24 Anm 4 A; KMR/GVG § 24 Anm 4a aa (2); Dallinger MDR 52, 569

32) vgl KMR (Müller) § 120 Anm 1 b (3)

33) vgl KMR (Müller) § 136 Anm 4 a

34) s. KMR (Müller) § 120 Anm 1 b (3)

35) Baumann JZ 62, 692

36) KMR (Müller) § 111 a Anm 1; Schwarz-Kleinknecht § 126 a Anm 1; BVerfG NJW 66, 243 (244)

Frage, ob und wie das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Mittel-Zweck-Koordinator auch bei den Sicherungsmaßnahmen zu beachten ist, welche die Allgemeinheit vor zukünftig drohenden Gefahren durch den Beschuldigten bewahren sollen.

aa) Neben dem Begriff der öffentlichen Sicherheit haben Überlegungen der Verhältnismäßigkeit nur geringen Spielraum.[37] Wenn die öffentliche Sicherheit einen Eingriff erfordert, so ist er in aller Regel auch verhältnismäßig. Die §§ 112 I 2, 12o, 121 StPO sind deshalb bei der einstweiligen Unterbringung nach § 126 a StPO nicht aufgeführt.

(1) Das Prinzip der Erforderlichkeit wirkt sich mittelbar in den Begriffen der „öffentlichen Sicherheit" und der „drohenden Gefahr" der Begehung weiterer Delikte aus.[38] Notwenig sind Eingriffe überhaupt nur dann, wenn diese Tatbestandsmerkmale in den §§ 112 III, 126 a StPO erfüllt sind. Geringfügig belästigende Straftaten scheiden für die Anordnung der einstweiligen Unterbringung aus; die Haft bei Wiederholungsgefahr ist auf schwerwiegende Sittlichkeitsverbrechen beschränkt.

(2) Dennoch kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausnahmsweise auch bei diesen Präventivmaßnahmen Anwendung finden und einen nach dem Gesetz zulässigen Eingriff im Einzelfall ausschließen. So könnte die Untersuchungshaft nach § 112 III StPO einen Beschuldigten übermäßig belasten, wenn zukünftig von ihm nur eine untergeordnete Beteiligung an einem relativ geringfügigen Delikt zu erwarten ist, und die Haft schon außergewöhnlich lange andauert. Dieses Mißverhältnis könnte sich etwa ergeben, wenn die Untersuchungshaft über Monate hinaus aufrecht erhalten bliebe, weil von dem Beschuldigten die erneute Unterstützung eines „Strich-

---

37) Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 126 a Anm 8 (Ergänzung); Schwarz-Kleinknecht § 126 a Anm 5; Creifelds NJW 65, 946 (951)

38) vgl a Baumann „Unterbringungsrecht" S.197, der schon hier - unrichtig - auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zurückgreift (s.o. S. 6 bbb Fsn 18)

jungen" zur gewerbsmäßigen Unzucht zu befürchten wäre, §§ 175 a IV, 49 StGB.[39]

bb) Wie das Beispiel zeigt, wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den vorbeugenden Maßnahmen sehr selten zum Zug kommen. Das Übermaß eines Eingriffs ist hauptsächlich am Erforderlichkeitsgedanken zu messen; er wird in aller Regel gerechte, abgewogene Ergebnisse gewährleisten.

D) Die Verhältnismäßigkeitsabwägung

a) Rupp[40] lehnt es ab, Gemeinschaftsinteressen und Individualrechte unmittelbar gegeneinander abzuwägen, da sie ihrer Art nach nicht vergleichbar miteinander seien. Er schlägt vor, die konkreten Persönlichkeits- und Strafverfolgungsinteressen auf ihre absoluten Werte zurückzuführen und anteilmäßig festzulegen. Die höhere Quote entscheide darüber, ob das öffentliche oder private Interesse im Einzelfall überwiege.

aa) Dieses Verfahren Rupps ist umständlich und erschwert die Abwägung durch den Umweg über das Gesamtinteresse. Der Ausgangspunkt der These - die grundsätzliche Gleichwertigkeit eines abstrakten Gemeinschaftsinteresses und des Individualinteresses - scheint unter dem Einfluß des Grundgesetzes fraglich.[41] Zudem fehlen Anhaltspunkte, nach denen man den Maßstab des absoluten Gemeinschafts- oder Individualwertes festlegen könnte.

bb) Die beteiligten öffentlichen Interessen sind richtigerweise beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unmittelbar gegen die Rechte des Bürgers abzuwägen, vgl

---

39) vgl Gribbohm JuS 67, 354; AG Berlin-Tiergarten NJW 68, 61 (63); s.a. Baumann „Unterbringungsrecht" S.265: Wo nur eine sehr langdauernde Unterbringung zur Abstellung einer geringwertigen Gemeingefahr führen könne, sei „das Freiheitsopfer gegenüber diesem bescheidenen Gewinn unverhältnismäßig groß."

40) Rupp S. 197 ff (198)

41) vgl von Krauss S.22 - Vorrang der Individualrechte nach ihrer Stellung im Grundgesetz.

§ 112 I 2 StPO:

(1) Strafverfolgung und Einzelinteresse verkörpern auf einer übergeordneten Stufe Gemeinschaftswerte. Sie sind qualitativ vergleichbar und vertreten jeweils materielle Interessen.

Strafverfolgungsmaßnahme und Strafe, Mittel und durchzusetzender Zweck, greifen in private Interessen ein, in das Vermögen und in die Freiheit. Der Ermittlungseingriff kann schon zahlenmäßig gegen die Vollzugsmaßnahme abwägbar sein - so die Dauer der Untersuchungshaft gegenüber der Höhe der voraussichtlichen Gefängnisstrafe.

(2) Einzelinteressen und Allgemeininteressen sind deshalb unmittelbar miteinander vergleichbar. Die Rechtsprechung trifft die Aufgabe, Wertordnungen zwischen den Grundrechten und den Belangen der Strafverfolgung im konkreten Fall aufzustellen und weiter auszubauen. Sie wird Leitlinien für die Abwägung finden müssen.

b) Die reine Interessenabwägung zeichnet jedes geringfügig überwiegende Interesse auf und bewertet danach die höhere Bedeutung der Belange des Einzelnen oder der Strafverfolgung. Diese Interessenabwägung ist gleichsam ein empfindliches Meßgerät, das auch ein schwaches Ausschlagen des Pendels zu Gunsten der Rechte des Bürgers oder der Werte der Strafverfolgung anzeigt.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wirkt demgegenüber als gröberer Maßstab. Er fordert eine besondere Stärke des überwiegenden Interesses, eine unverhältnismäßige Spannung zwischen öffentlichem und privatem Interesse.

aa) Diese Wertung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zeichnet sich ab im Begriff des „Angemessenen", das einen gewissen Spielraum umschreibt, [42] und verdeutlicht sich in der negativen „Unverhältnismäßigkeit". Der Begriff der Unverhältnismäßigkeit und auch des Übermaßes verlangt

---

42) Lerche S. 21

nach seinem Wortsinn ein krasses Mißverhältnis[43] in der Abwägung. Er weist auf den erheblichen Unterschied hin, der zwischen dem Wert der Grundrechtsinteressen und der Bedeutung der Strafverfolgung bestehen muß.[44]

Diese Auslegung entspricht den Anforderungen des Strafrechts an die Proportionalität des rechtfertigenden übergesetzlichen Notstands[45] und folgt dem Begriff der Verhältnismäßigkeit im bürgerlichen Recht, z.B. §§ 228, 904 BGB.[46]

bb) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine Ausnahme der Legalität im Strafverfahren; er schließt die Anwendung gesetzlich zulässiger Maßnahmen aus. Der Einfluß generalisierender Gerechtigkeit und der Gleichbehandlung vor dem Gesetz fordert eine enge Auslegung des Prinzips[47] in rechtsstaatlich bestimmter Prägung und Form.

(1) Die Wirksamkeit der Prozeßordnung beruht auf einem notwendigen Maß an Starre und innerer Beharrungstendenz. Das Verfahren hat ein Eigengewicht; es betont die Ordnungsfunktion des abstrakt-generellen Gesetzes.

(2) Diese formale Seite rechtsstaatlicher Strafverfolgung fällt bei der Abwägung der materiellen Interessen ins Gewicht. Sie ist nicht abdingbar und aufzuweichen bei nur geringfügigem, fallweisem Überwiegen persönlicher Gesichtspunkte. Verhältnismäßige Ungleichbehandlung bedarf wesentlicher Verschiedenheiten. Das Schutzinteresse des betroffenen Bürgers muß erheblich überwiegen; der Kern eines

---

43) BVerwG DVbl 66, 694 (696): „Kein subtiles Abwägen"

44) KMR (Müller) § 120 Anm 1 b (1); Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 115 Fsn 2; von Krauss S.16; Rebmann § 13 III Nr.2 Rdnr 20 - anders Rdnr 10 bei der Abwägung gegensätzlicher öffentlicher Interessen.

45) „wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses", § 39 I 2 E 1962; Schwarz-Dreher § 54 Anm 7

46) Enneccerus-Nipperdey „Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts" 15. Aufl. 1960, § 241 II c, d

47) KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 c

Grundrechts wird erst berührt bei einer gewissen Stärke des Mißverhältnisses und gewichtiger Abweichung. Nur in diesem Fall darf die Wertung des Richters die des Gesetzgebers ersetzen.

cc) B e i s p i e l e:

1.) Nach Ansicht Schultz' [48] ist die Untersuchungshaft schon dann unangemessen, wenn der Zeitraum verstrichen ist, den der Verurteilte höchstens in Strafhaft verbringen würde. Diese Meinung ist unrichtig. Eine Maßnahme verstößt gegen das Übermaßverbot erst bei einschneidender Diskrepanz zwischen Mittel und Zweck. So bleibt eine achttägige Untersuchungshaft auch bei einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von 7 Tagen (= 1 Woche) noch im Rahmen des Angemessenen, ebenso etwa eine Haftdauer von 2 Jahren und 4 Wochen gegenüber einer zweijährigen Gefängnisstrafe. Schwieriger würde die Wertung, wenn die Haft die endgültige Strafe stärker überschritte. Eine Haftdauer von 2 Jahren und 4 Monaten wäre wohl unverhältnismäßig gegenüber der zweijährigen Freiheitsstrafe.

In der Praxis der Gerichte wird das zweite Glied der Verhältnismäßigkeitsabwägung, die Bedeutung der Sache, solche „Rechenkunststücke" meist erleichtern. Der Bewertungsspielraum des unbestimmten Rechtsbegriffs mildert das Gewicht dieser Vergleiche. Die richtige Grenze ist jedoch auch hier nur schwierig, durch richterliche Wertung im einzelnen Fall zu ziehen.

2.) Die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens ist stets verhältnismäßig, wenn sie im öffentlichen Interesse erforderlich ist, §§ 152, 153 ff StPO.

Müller [49] begründet diese Lösung mit dem formalen Hinweis auf die „abschließende klare Regelung des Gesetzes" in den §§ 153 ff StPO. Sie könnte jedoch ein verfassungsrechtliches Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht von der Durchbrechung im Einzelfall zurückhalten.[50]

---

[48] Schultz JR 63, 298

[49] KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b (1)

[50] so Schultz MDR 66,574: die mehrfache Anklage der Zeugen Jehovas, die aus Gewissenszwang den Ersatzdienst verweigern, verstößt gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit; Kühne DRiZ 63, 179

Zwar sind Härtefälle bei der abstrakten, gesetzmäßigen Handhabung des Verfolgungszwangs nicht auszuschließen. Ein unverhältnismäßiges Übergewicht der Persönlichkeits=interessen scheidet aber gegenüber der hervorragenden ver=fahrensrechtlichen Bedeutung des Legalitätsprinzips aus. Der Verfolgungszwang ist die unverbrüchliche Grundlage des rechtsstaatlichen Prozesses, eine Verkörperung der Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und des Verbots der Willkür. Er darf nicht aus persönlich=keitsfreundlichen Motiven übergesetzlich durchbrochen wer=den. Die Strafverfolgung bleibt insoweit unbeweglich. Ba=gatellverbrechen - z. B. Rückfallbetrug, § 264 StGB, wegen eines Glases Bier -[51] können erst nach einer Gesetzesän=derung eingestellt werden.[52]

c) In dieser Härte der Bewertung unterscheidet sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von der „offenen Interessenabwägung", nach der teilweise die Zulässigkeit eines Eingriffs in Grundrechte gemessen wird.

aa) Eine nach den §§ 94, 97 I, II StPO erlaubte Be=schlagnahme von Karteikarten und Krankenblättern tastet nach Ansicht des OLG Celle das Persönlichkeitsrecht des Patienten an, Art 2 I, 1 GG, und ist im Einzelfall nur bei höherem Interesse an der Strafverfolgung gestattet.[53] Dasselbe gilt nach dem BGH für die „Verhältnismäßigkeit" der Verlesung eines Tagebuchs in der Hauptverhandlung[54] und nach Meinung Sax ' für die Zulässigkeit der heimlichen Tonbandaufnahme oder Telefonüberwachung durch die Strafver=folgungsorgane.[55] Das LG Stuttgart will ein Beweismittel, das die Ermittlungsbehörden unter Verletzung des Postge=

---

51) vgl Peters LB S.98;
52) zweifelnd Kühne aaO
53) OLG Celle NJW 63, 4o6; 65, 362
54) BGH 19, 325 ff
55) KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 b (I) (7 b c)

heimnisses erlangt haben, nur „bei Vorrang des staat=lichen Aufklärungsinteresses im Einzelfall" verwerten lassen.[56)]

bb) Diese übergesetzliche Interessenabwägung und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit knüpfen an unterschiedlichen prozessualen Voraussetzungen an:

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geht von einem Eingriff aus, der nach dem Gesetz grundsätzlich gerecht=fertigt ist, im Einzelfall aber bei überwiegenden Interes=sen des Beschuldigten ausgeschlossen werden kann, vgl § 112 I 2 StPO.

Die freie Interessenabwägung erfolgt dagegen gleich=sam im gesetzesfreien Raum. Auch innerhalb des Eingriffs=bereichs einer Norm - so OLG Celle aaO - findet diese Methode ihren Ansatz bei der generellen Unzulässigkeit einer Maßnahme, die in Grundrechte des Einzelnen ein=greift. Erst das höhere Interesse an der Wahrheitsfindung kann den sonst rechtswidrigen Eingriff der Strafver=folgungsorgane rechtfertigen.

cc) Ob dieses Vorgehen mit der Verfassung vereinbar ist, kann hier dahinstehen.[57)] Während jedoch der Ver=hältnismäßigkeitssatz eine Maßnahme bei überragendem

---

56) LG Stuttgart JZ 65, 686 (687)

57) vgl von Hippel NJW 67, 541, der auf die Methodik der Grundrechtskonkretisierung in der nordamerikanischen Rechtsprechung hinweist; s.a. Tiedemann NJW 67, 1013 Fsn 4; Jescheck „Generalgutachten" S. 2 ff, 6.

Es ist fraglich, ob diese ungehemmte Interessenab=wägung nicht der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vorgreift (vgl BVerfG NJW 66, 1611) . Mit der grund=rechtsprägenden und beschränkenden Wirkung der positiven Norm scheint dieses Vorgehen nicht mehr vereinbar - ein Problem, das im Recht der Vereinigten Staaten nicht oder nur in geringem Umfang bedeutsam wird. Eine Maß=nahme darf im Geltungsbereich des Gesetzes grundsätz=lich auch in die Freiheitssphäre des Bürgers eingreifen.

Es wäre weiter zu prüfen, ob die überwiegenden Interessen der Strafverfolgung zu einem Eingriff in Grundrechte ohne gesetzliche Grundlage berechtigen - etwa bei Telefonüberwachung und Tonbandaufnahme. Wieweit steht der auch im Strafverfahren geltende Vor=behalt des Gesetzes solchen Maßnahmen entgegen? (s.u. S.99 ff)

Einzelinteresse verbietet, befugt umgekehrt die freie Interessenabwägung zu Eingriffen bei überwiegender Bedeutung der Strafverfolgung. Gleichwertigkeit der Interessenlage verbietet danach Handlungen der Ermittlungsbehörden; in Zweifelsfällen obsiegt der Freiheitsanspruch des Beschuldigten.[58] Bei der reinen Interessenabwägung muß das öffentliche Interesse an der Vornahme eines Eingriffs das Gewicht des Grundrechts im Einzelfall übersteigen.

Z u s a m m e n f a s s u n g II :

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit baut auf dem Gedanken der Interessenabwägung auf. Er bewertet aber nur die Fälle unverhältnismäßig überwiegender persönlicher Rechte, bei grobem Mißverhältnis zwischen Strafverfolgungsinteressen und Grundrechten. Gleichwertige Interessen oder nur geringfügig überwiegende Belange des einzelnen Bürgers schließen die gesetzliche Maßnahme nicht aus. Das Gewicht legaler Strafverfolgung, klarer Rechtsanwendung und übersichtlicher Prozeßgestaltung hat hier den Vorrang.

2.) Die Stärke des Strafverfolgungseingriffs beruht auf der abstrakten Bedeutung des verletzten Grundrechts, dem Umfang und der Zeitdauer der Maßnahme.

Die Abwägung bewertet nicht nur die gewollten und bezweckten Folgen einer Handlung. Sie berücksichtigt auch unerwünschte Nebenfolgen des strafprozessualen Eingriffs, soweit sie erkennbar und vorhersehbar sind. Dabei ist unbeachtlich, daß manche Auswirkungen der Strafverfolgung von den Ermittlungsorganen nicht gelenkt oder kontrolliert werden können und sich ihrem Einfluß entziehen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stellt nicht auf ein

---

58) von Hippel aaO

Verschulden der Strafverfolgungsorgane oder der Verfahrensbeteiligten ab. Er hat als Maßprinzip alle Folgen zu bewerten, die der strafprozessuale Eingriff erkennbar verursacht. Dabei ist gleichgültig, ob diese Auswirkungen unmittelbar oder mittelbar auf Maßnahmen der Ermittlungsbehörden zurückzuführen sind.

3.) Das Interesse der Strafverfolgung bemißt sich nach der Bedeutung der Strafsache und der zu erwartenden Strafe des Beschuldigten. Die beiden Begriffe überschneiden sich teilweise. Das Gericht würdigt die voraussichtliche Strafe auch im Rahmen der „Bedeutung der Sache"; das Gewicht der Straftat und das Maß der Schuld erschöpfen aber diesen unbestimmten Rechtsbegriff noch nicht. Die Bedeutung eines Verfahrens richtet sich in begrenztem Umfang auch nach dem wohlverstandenen Interesse der Öffentlichkeit an der Durchführung eines Prozesses. Es kann ein Bedürfnis dafür bestehen, einen Sachverhalt gerichtlich klären und entscheiden zu lassen.

Das Strafverfolgungsinteresse erhöht sich nicht, wenn der Beschuldigte durch sein Verhalten die Ermittlungen erschwert hat. Die längere Dauer der Aufklärungsarbeit bleibt ohne Einfluß auf die Bedeutung der Strafsache. Die Verhältnismäßigkeit ist ein objektiver Maßstab. Auf den verdächtigen Bürger soll kein mittelbarer Druck ausgeübt werden, zur Abwehr unverhältnismäßig schwerer Eingriffe seine Verteidigung zubeschränken oder die Wahrheit zu gestehen.

4.) Das Interesse der Strafverfolgung und die Rechte des Einzelnen lassen sich unmittelbar, ohne Umweg über ein Gesamtinteresse gegeneinander abwägen. Belange der Allgemeinheit und Individualinteressen sind ihrer Art nach miteinander vergleichbar.

Die offene, übergesetzliche Interessenabwägung, die teilweise in Rechtsprechung und Literatur den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ersetzt, gestattet Eingriffe in die Grundrechte erst bei überwiegendem Strafverfolgungsinteresse im Einzelfall. Das Übermaß=verbot als prozessuale Ausnahme innerhalb des Eingriffs=bereichs eines Gesetzes stellt demgegenüber richtiger=weise auf die höheren persönlichen Rechte des Beschul=digten ab. Es geht von keinem grundsätzlich rechtswidrigen, sondern von einem eigentlich zulässigen Eingriff der Ermittlungsbehörden aus.

III. Der Einfluß der Prognose im Strafverfahren.

A) Das Problem

a) Wie oben gezeigt (s.S. 46 ff), baut das Verbot des Übermaßes auf einer Prognose der Staatsanwaltschaft und des Gerichts auf, die in der Wertung der Verhältnismäßigkeit die „zu erwartende Strafe" der Schwere der Maßnahme gegenüberstellen. E. Schmidt hat diese Abhängigkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Ansatzpunkt seiner Kritik gemacht;[1] er rügt die Schwierigkeit solcher „Spekulationen", die „ungut beleumundet" seien und an die Urteilskraft des Richters höchste Ansprüche stellten.

b) Diese, nach Ansicht der Befürworter des Grundsatzes unvermeidlichen und zu bewältigenden Schwierigkeiten können sich im strafprozessualen Prinzip der Verhältnismäßigkeit noch in anderer Hinsicht zeigen. Die Strafverfolgungsorgane schreiten im Ermittlungsverfahren beim Verdacht einer strafbaren Handlung ein, §§ 152 II, 160 I StPO. Sie treffen Maßnahmen in einem Stadium des Verfahrens, in dem die Unschuldsvermutung gilt, § 6 II MRK.

Diese Unschuldsvermutung, auf die die Rechtsprechung des BVerfG bei der Prüfung strafprozessualer Maßnahmen wiederholt verweist, [2] kann zwar die Eingriffe selbst nicht unterbinden. Ermittlungsmaßnahmen müssen ihrer Natur nach, zwangsläufig zu Beginn eines Verfahrens ergehen.[3] Sie ermöglichen erst die rechtskräftige Schuldfeststellung durch das Gericht und bereiten diese Entscheidung vor. Die Unschuldsvermutung könnte jedoch über den Rechtsbegriff der Verhältnismäßigkeit auf die Zulässigkeit prozessualer Maßnahmen einwirken und die Interes-

---

1) E.Schmidt § 112 Rdnr 8, 28 c (Nachtrag) s.a. Sarstedt F 12: „ungewisse Lage für den Tatrichter"; das Ergebnis solcher Abwägung sei „gewiß nicht mit Sicherheit vorauszusagen".

2) BVerfG NJW 66, 1611; 147 (148); NJW 63, 1579

3) vgl Schwarz-Kleinknecht Art 6 MRK Anm 9

senabwägung des Grundsatzes nach dem Grad des jeweilig bestehenden Verdachts beeinflussen.

c) Diese Problematik der Vorausschau zeigt sich auch im Verwaltungsrecht und Polizeirecht, nicht nur im Strafverfahren. Die Polizei trifft Maßnahmen bei „drohender Verletzung von Recht und Ordnung", § 1 I Bd-W-PolG, bei abstrakter oder konkreter Gefahr für den Einzelnen und das Gemeinwesen. Die Polizei darf danach eingreifen, „wenn der Eintritt des Schadens nicht nur theoretisch möglich, sondern praktisch wahrscheinlich ist."[4] Dennoch wirkt sich die Stellung der Prognose im Bereich der Gefahrenabwehr nicht in derselben Schärfe wie im Prozeßrecht aus. Die Ermittlungsorgane untersuchen, durchsuchen und beschlagnahmen auf Grund konkreten Tatverdachts, s. §§ 152 II, 160 I StPO. Ernste, auf Tatsachen gründende Anhaltspunkte müssen auf ein Verbrechen hinweisen, um diese Maßnahmen zu rechtfertigen. Auch für die Strafverfolgung genügen keine Vermutungen und bloße Möglichkeiten; es reicht aber aus, daß eine „gewisse, wenn auch zweifelhafte Wahrscheinlichkeit"[5] auf die Begehung einer Straftat schließen läßt.

Prozessuale und polizeiliche Maßnahmen unterscheiden sich insoweit. Der Verdacht einer Straftat kann schon frühzeitiger zu Eingriffen führen als im Polizeirecht der Begriff der drohenden oder dringenden Gefahr. Die Ermittlungsorgane können die Entwicklung des vielschichtigen, sachlich und rechtlich noch nicht geklärten Tatkomplexes zu Beginn eines Verfahren und im Zeitpunkt des ersten Zugriffs weniger überschauen, als das vergleichsweise bei der polizeilichen Gefahrenabwehr möglich ist.

---

[4] Reiff S. 31, 95; vgl a S. 105: dringende Gefahr, wenn der „sofortige Eintritt eines ernsthaften Schadens nach allgemeiner Erfahrung als gewiß anzusehen" ist.

[5] KMR (Müller) §§ 160 Anm 2 a; 152 Anm 3 b; s.a. Schwarz-Kleinknecht § 94 Anm 4 A „stärker konkretisierter Verdacht"

Maßnahmen, die zu Beginn der Ermittlungen auf bloßen Verdacht hin erfolgen, können daher einschneidender wirken und den vermutet unschuldigen Beschuldigten stärker belasten als zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt. Die strafrechtliche Anschuldigung klärt sich bei höherem Verdacht. Kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit diesen Einfluß der Prognose im Strafverfahren berücksichtigen?

B) Maßnahmen zur Feststellung der Schuldfähigkeit

a) Bei schweren Eingriffen der Strafverfolgungsorgane in die körperliche Unversehrtheit und Freiheit des Beschuldigten, §§ 81 a, 81 StPO, haben die Gerichte von jeher das Verhältnis der Maßnahme zur Bedeutung der Straftat und ihrer Ahndung gewürdigt.[6] Das Problem des Tatverdachts wird in der Entscheidung des BayObLG GA 69, 197 aus dem Jahre 1925 erörert: Wenn der Angeklagte nur geringfügig bestraft werden könne, so müsse das Gericht bei der Anordnung einer Unterbringung „umsomehr prüfen, ob überhaupt eine Verurteilung mit annähernder Sicherheit zu erwarten sei."

Die Untersuchung in einer Heil- und Pflegeanstalt nach § 81 StPO kann zwar seit dem AusfG z.d.Ges. gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher vom 24.11.1933 nicht nur gegen Angeschuldigte, sondern auch schon während des Ermittlungsverfahrens gegen Beschuldigte getroffen werden, s. § 157 StPO. Das Gericht muß aber - worauf Sax[7] zu Recht hinweist - die Stärke des Verdachts im Einzelfall überprüfen und insbesondere dann die Maßnahme unterlassen, wenn der Angeklagte ohnedies, nicht nur nach § 51 I StGB freizusprechen ist.

---

6) vgl BayObLG GA 69, 197; OLG Saarbrücken SJZ 50, 139; LG Göttingen MDR 52, 629; OLG Hamburg JR 55, 394; OLG Hamm NJW 60, 1400; LG Berlin NJW 60, 2256; vgl a RiStV Nr.51 I, II

7) Sax „Grundrechte" S. 979; ebenso Schwarz-Kleinknecht § 81 Anm 5 B

b) Das BVerfG hat sich in zwei Entscheidungen mit der Zulässigkeit der Hirnkammerluftfüllung und der Entnahme von Blutliquor befaßt.[8)]

aa) Das Verfassungsgericht bewertet im 16. Band das Verhältnis der angeordneten Maßnahme zur Schwere des Tatvorwurfs. Neben dieser Interessenabwägung soll nach Ansicht des Gerichts die „sinngemäße Auslegung" des § 81 a StPO zu der Prüfung führen, ob der Grad des Tatverdachts die Anordnung einer Liquorentnahme rechtfertige. Nur so könne hingenommen werden, daß das Gesetz keine formelle Feststellung hinreichenden oder dringenden Verdachts verlange, wie das für die Eröffnung des Hauptverfahrens oder die Anordnung der Untersuchungshaft notwendig sei.[9)]

bb) Weitergehend fordert BVerfG 17, 108 (117) eine besondere Gestaltung des Strafverfahrens, wenn das Gericht eine Hirnkammerluftfüllung anordnen wolle. Diese Verfahrensgestaltung stehe unter dem Gebot des Grundrechtsschutzes. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit erfordere im Strafverfahren, daß „eine Maßnahme unerläßlich sei, in angemessener Relation zur Schwere der Tat stehe und daß die Stärke des konkreten Tatverdachts die Maßnahme rechtfertige." Hinreichender Tatverdacht, wie ihn die Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 203 StPO voraussetze, genüge nicht ohne weiteres für den erheblichen körperlichen Eingriff der Pneumoenzephalographie. Das Gericht müsse die Schwere des Verdachts selbständig würdigen; im Einzelfall könne deshalb die vorherige Durchführung einer Beweisaufnahme erforderlich werden.[10)]

---

8) BVerfG 16, 194 ff; 17, 108 ff; s.a. Löwe-Rosenberg (Sarstedt) § 81 a Anm 1; KMR (Sax) § 81 a Anm 1; Schwarz-Kleinknecht § 81 a Anm 6

9) BVerfG 16, 200 unter Hinweis auf Löwe-Rosenberg (Sarstedt) aaO

10) BVerfG 17, 119; ebenso KMR (Sax) § 81 a Anm 1

cc) Auf ähnlichem Weg versucht der BGH die zurückhaltende Anwendung der Maßnahmen nach § 81 a StPO zu begründen.[11] § 81 a StPO solle behutsam „ausgelegt" werden. Bei schwereren Delikten - Verbrechen oder Vergehen - komme „das Prinzip der Verhältnismäßigkeit darin zum Ausdruck, daß der Richter prüft, ob es auf die Schuldfähigkeit überhaupt ankommt oder ob sich nicht ihre Aufklärung mangels Beweises des äußeren Tatbestands von selbst erübrigt." Kohlhaas[12] formuliert das dahingehend, das Gericht müsse die Eingriffe „der Reihe nach" vornehmen. Schwerwiegende Maßnahmen wie Enzephalogramm und Blutliquorentnahme seien nicht zulässig vor der Verwertung der Voruntersuchungsergebnisse.

c) Diese Ausführungen in Rechtsprechung und Schrifttum führen zu sachlich zutreffenden Ergebnissen. Das Gericht muß den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Maßstab seiner Prozeßfürsorgepflicht beachten.[13] Es scheint jedoch fraglich, ob es einer besonderen Betonung der Stärke des Tatverdachts innerhalb des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bedarf, um die oben aufgezeigte Lösung zu finden.

aa) Die Verhältnismäßigkeit des Tatverdachts dehnt das bisher Mittel-Zweck-bezogene Verbot des Übermaßes auf die prozessualen Voraussetzungen des Eingriffs aus.[14] Gesetzlicher Tatverdacht genügt nicht, er muß der Schwere des Eingriffs im Einzelfall angemessen sein. Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit prüft damit die Stärke einer Prognose an der Bedeutung der verletzten Rechte des Beschuldigten.

---

11) Stellungnahme des BGH (4., 5. Strafsenat) in BVerfG 17, 113

12) Kohlhaas DRiZ 66, 286 (289)

13) so Schwarz-Kleinknecht Einl 7 C

14) vgl dazu Peters „Gutachten" S. 142: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezieht sich nur auf den Inhalt eines Eingriffs, nicht auf seine Form.

Er wägt keine materiellen Interessen gegeneinander ab. Man kommt auf die Bedenken Rupps[15] zurück, (s.o. S.57 a), wenn man fragt, wo zwischen so verschiedenartigen Verhältnismäßigkeitsgliedern vergleichbare Ansatzpunkte bestehen. Kann es überhaupt einen einheitlichen Maßstab geben, an dem Prozeßgestaltungsvoraussetzungen und Grundrechte sich messen lassen? Das scheint zweifelhaft.

Diese These des BVerfG 17, 117 führt dazu, Probleme der verfassungskonformen Auslegung[16] in das allgemeine Rechtsstaatsprinzip der Verhältnismäßigkeit aufzunehmen. Im Rahmen übergesetzlicher Abwägung ist es nicht erforderlich, die Auslegung der Eingriffsnorm „im Lichte des Grundrechts"[17] noch innerhalb der Grenzen des möglichen, vom Wortlaut getragenen Gesetzessinns zu halten. Der richterlichen Rechtsfortbildung bietet sich hier ein größerer Spielraum; er bringt jedoch eine gefährliche Ausweitung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit sich. Die Festlegung eines „verhältnismäßigen" Tatverdachts im Einzelfall ist sehr unbestimmt, mit fließenden, kaum überprüfbaren Grenzen.[18]

bb) Bei Maßnahmen nach §§ 81, 81a StPO kann man ohne die Konstruktion des verhältnismäßigen Tatverdachts zu sachlich ansprechenden Ergebnissen gelangen.

(1) Die Prüfung der Zurechnungsfähigkeit ist zeitunabhängig. Das Gericht kann eine Maßnahme, welche die Schuldfähigkeit und damit die Verantwortlichkeit eines

---

15) Rupp S. 197, 198: „Jede gegenseitige Abwägung zweier Objekte setzt ein gemeinsames Maßsystem voraus, nach welchem beide Objekte gemessen werden und eine Aussage über ihre gegenseitige Relation getroffen werden kann."

16) so BVerfG 16, 200

17) s.BVerfG 7, 198 (202); 12, 113 (128)

18) vgl dazu BVerfG NJW 66, 1603 ff: Bundesanwaltschaft und der Ermittlungsrichter gehen von dringendem Tatverdacht bei einer Durchsuchung nach § 102 StPO aus; das BVerfG bejaht z.T. die Verhältnismäßigkeit dieses Tatverdachts (aaO S. 1612/1613), z.T. verneint es sie (aaO S.1610/1611).

Straftäters feststellen soll, nach ihrer prozessualen Eigenart erst spät vornehmen.[19] Liquorentnahme und Enzephalogramm müssen nicht wie Maßnahmen zur Aufklärung des Sachverhalts möglichst im ersten Verfahrensstadium angeordnet werden. Das Gericht darf sie gegen Ende eines Prozesses treffen, ohne daß der Verlust des Beweismittels zu befürchten wäre.

(2) Maßnahmen nach §§ 81, 81a StPO greifen tief in die Rechte des Beschuldigten ein. Die Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt nach § 81 StPO soll der Überprüfung des geistigen Zustands dienen. Die Maßnahme kann nicht nur kränkend wirken, sondern unabhängig vom Ausgang des Verfahrens das berufliche und gesellschaftliche Ansehen des Beschuldigten schädigen. Liquorentnahme und Hirnkammerluftfüllung können im Einzelfall die Gesundheit gefährden, vgl § 81a I 2 StPO. Sie sind äußerst schmerzhaft und nur von begrenztem medizinischen Erkenntniswert.[20]

(3) Das Gericht hat bei der Art seiner Verfahrensgestaltung die Folgen zu beachten, die ein nach § 51 I StGB freisprechendes Urteil für den Beschuldigten mit sich bringt. Nach allgemeiner Ansicht beschwert eine solche Entscheidung den Angeklagten jedenfalls dann, wenn es ihn nach §§ 42a ff StGB einer Maßregel der Sicherung und Besserung unterwirft.[21] Hier muß das Gericht zuvor die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit der Straftat und die Täterschaft des Angeklagten prüfen, ehe es die Unterbringung anordnet.

Strittig ist, ob diese Verfahrensgestaltung auch dann

---

19) vgl Stellungnahme des BGH in BVerfG 17, 113; Kohlhaas DRiZ 66, 289

20) BVerfG 17, 117; Löwe-Rosenberg (Sarstedt) § 81a Anm 6 a; Sax „Grundrechte" s. 985; E.Schmidt § 81a Rdnr 15

21) s.KMR (Sax) Vorb § 296 Anm 4a; Schwarz-Kleinknecht Vorb § 296 Anm 4

notwendig wird, wenn sich der Charakter des Freispruchs nach § 51 I StGB nur aus den Urteilsgründen ergibt.

aaa) Das Strafverfahren soll über die Berechtigung des staatlichen Strafanspruchs entscheiden; es hat darüber hinaus grundsätzlich keine Rehabilitierung des Angeklagten zu betreiben. Nach herrschender Meinung trifft den Schuldigen daher im Freispruch aus § 51 I StGB keine Beschwer, die ihn zur Einlegung eines Rechtsmittels berechtigt oder vom Gericht weitergehende Ermittlungen erfordert.[22)]

bbb) Die Interessenbeeinträchtigung des Angeklagten, die in einem solchen Freispruch wegen Unzurechnungsfähigkeit liegen kann, vermag sich jedoch auf die Art der Verfahrensgestaltung im Einzelfall auszuwirken.[23)] Wenn das Gericht ohne Mühe auf Beweismittel zurückgreifen kann, welche die fehlende Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Delikts ergeben, so darf es nicht zuvor die Verantwortlichkeit des Beschuldigten überprüfen.[24)] Das Gericht ist außerdem verpflichtet, bei schweren Eingriffen in das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit - die erst die mangelnde Zurechnungsfähigkeit erweisen sollen - zunächst auch ferner liegende Beweismöglichkeiten zu erschöpfen. Gesichtspunkte der Prozeßökonomie müssen bei der Anordnung der Hirnkammerluftfüllung und Liquorentnahme hinter dem Schutz der Grundrechte des Angeklagten zurücktreten.[25)]

---

22) BGH 7, 153; 16, 374; Dallinger MDR 56, 272; Schwarz-Kleinknecht Vorb § 296 Anm 4 A; s.a. KMR (Sax) Vorb § 296 Anm 4 b; Löwe-Rosenberg § 296 Anm 2 B; a.A.Henkel S.422; Peters LB S.412, 542; OLG Hamburg JR 62, 369; OLG Stuttgart NJW 59, 1840; OLG Saarbrücken NJW 60, 2068; OLG Schleswig JZ 58, 374

23) vgl. E.Schmidt JZ 58, 375; § 244 Erl 48; Schwarz-Kleinknecht § 244 Anm 4 C

24) so Peters LB S. 412; Schwarz-Kleinknecht aaO; E.Schmidt aaO - hier geht ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld vor

25) BVerfG 17, 108, 117

(4) Vor der Anordnung eines Eingriffs nach § 81a StPO hat das Gericht daher festzustellen, ob es unter Würdigung aller Beweismittel überhaupt auf die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten ankommt oder ob das Gericht ohnehin freisprechen muß.

Diese Prozeßfürsorgepflicht ergibt sich nicht aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S., da die Schwere der Tat durchaus die Entnahme des Blutliquors erlauben könnte. Die besondere Verfahrensgestaltung hängt letztlich auch nicht von der Stärke des Tatverdachts ab: Trotz dringenden Verdachts im ersten Verfahrensstadium darf das Gericht noch keine Maßnahme nach § 81a StPO anordnen, wenn die Straftat noch aufklärungsbedürftig ist und weitere Ermittlungen entlastende Gesichtspunkte erbringen können. Ebenso wird das Gericht von Liquorentnahme und Enzephalographie absehen, wenn es trotz hohen Verdachts nach Würdigung aller Beweise noch begründete Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten hegt. Dieser Gedanke klingt an, wenn das BVerfG die Frage aufwirft,[26] ob nicht wenigstens das Vorliegen eines strafbaren Tatbestands bei der Anordnun der Hirnkammerluftfüllung „nachgewiesen" sein muß.

(5) Ein Gericht darf deshalb Maßnahmen nach § 81a StPO nur treffen, wenn der Angeklagte auf Grund der gesamten Beweislage mit größter Wahrscheinlichkeit verurteilt würde. Die vorherige Anordnung der Blutliquorentnahme oder der Hirnkammerluftfüllung ist nicht erforderlich. Die Härte des prozessualen Eingriffs und seiner Folgen verlangen von den Strafverfolgungsorganen, vorsichtig tastend und unter möglichster Schonung der Persönlichkeit vorzugehen. Maßnahmen dieser Art sollen so spät wie möglich erfolgen; das gilt vor allem dann, wenn sich der Beschuldigte nicht auf seine Unzurechnungs-

---

[26] BVerfG 17, 119

fähigkeit beruft.[27]

Das Gericht muß das Verfahren so gestalten, daß der Beschuldigte vor frühzeitigen,schweren Eingriffen geschützt wird, die sich bei weiterer Aufklärung des Sachverhalts vielleicht erübrigen oder aber in einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens nachzuholen sind. Aufklärungsmaßnahmen sind vorrangig. Lehnt man - wie hier - den Begriff des „verhältnismäßigen Tatverdachts" ab, so wird man diese Art des Vorgehens im Prinzip des Mindesteingriffs und der Subsidiarität einer Maßnahme zu erfassen versuchen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinne ist hier der unbestimmte Ausdruck einer behutsamen, an den berechtigten Interessen des Beschuldigten ausgerichteten Verfahrensgestaltung. Die richterliche Prozeßfürsorgepflicht erfordert eine bestimmte Reihenfolge der Maßnahmen. Das Übermaßverbot kann dieses Problem nur vage erfassen und umreißen.

C) Die Sachverhaltsaufklärung

a) Rechtsprechung und Schrifttum berücksichtigen die Stärke des Tatverdachts innerhalb des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auch bei Maßnahmen, die unmittelbar der Aufklärung eines strafbaren Sachverhalts dienen.

aa) So darf nach Evers die Polizei nicht schon „bei einem geringen Verdacht die schärfsten Mittel einsetzen." [28] Eingriffe des Strafprozeßrechts - Festnahme, Verhaftung, Durchsuchung, Beschlagnahme - müßten nach dem Grundsatz des Übermaßverbots der Schwere des

---

27) s. OLG Saabrücken SJZ 50, 14o

28) Evers Sá 68

verfolgten Delikts und der Dringlichkeit des Tatver=dachts angepaßt sein.[29]
Diese Form des Verhältnismäßigkeitsprinzips gilt nach Ansicht Kleinknechts[30] für alle Maßnahmen, bei denen das Gesetz keinen „dringenden Tatverdacht" wie in § 112 StPO vorsieht. Der strafprozessuale Eingriff werde wegen seiner Folgen nicht schon bei einfachem, sondern erst bei „höherem" Verdachtsgrad zulässig. Klug[31] weist neben den Prinzipien der Güterabwägung und der Subsidiarität auf das Problem des Tatverdachts hin, das im Übermaßverbot Beachtung finde. Bei Eingriffen in die Freiheit der Presse führe der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einer dreifachen Stufung des Verdachts.[32] Ein „durch tatsächliche Anhaltspunkte konkretisierter" Tatverdacht könne die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens rechtfertigen, §§ 152 II, 160 StPO; ein „bereits stärker konkretisierter Verdacht"[33] berechtige zu strafprozessualen Eingriffen in Rechte des Beschuldigten. Dieser höhere Verdacht steigere sich grundsätzlich noch einmal, wenn eine Maßnahme auch das Grundrecht der Pressefreiheit berühre.

bb) Das BVerfG hat diese in der Literatur vertretenen Meinungen bestätigt.[34] Der strafprozessuale Zwangseingriff müsse in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Straftat und der Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen; der Eingriff müsse erforderlich sein und den Erfolg versprechen, geeignete Beweismittel zu erbringen. In diesen komplexen Begriff der Verhältnismäßigkeit nimmt das Gericht eine doppelte Prognose auf: Neben der Stärke des Tatverdachts wägt es bei der Durchsuchung nach § 102

---

29) Schwarz-Kleinknecht Einl 1 E;vgl.a. § 94 Anm 4 A; 99 Anm 1; Fuß NJW 62, 2225 (2227); Hall/Peter JuS 67, 36
30) Kleinknecht NJW 66, 1540
31) Klug S. 34
32) Klug S. 82
33) ebenso Schwarz-Kleinknecht §§152 Anm 2; 160 Anm 1;94 Anm
34) BVerfG NJW 66, 1603 (1607, 1609 ff, 1612)

StPO auch den Grad der Vermutung, der auf die Auffindung von Beweismitteln hindeutet. Die voraussichtliche Ergiebigkeit einer Maßnahme bestimmt nicht nur die strafprozessuale Eignung des Eingriffs;[35] die Wertung des Übermaßverbots selbst wird durch die Stärke der Erfolgsprognose beeinflußt.

Im konkreten Fall - „Spiegel"-Entscheidung - kommt das Gericht bei Anwendung dieser Grundsätze einmal zu dem Ergebnis, es habe „nur ein geringer Grad des Tatverdachts überhaupt" bestanden. Das Vorliegen des inneren Tatbestands sei „unwahrscheinlich" gewesen; es sei „wenig wahrscheinlich", daß erfahrene Journalisten belastende Dokumente in ihren Geschäftsräumen oder ihrem Archiv aufbewahrten.[36] Die Maßnahme der Ermittlungsbehörde sei deshalb unverhältnismäßig und rechtswidrig.

Die tragenden Gründe der Entscheidung bejahen demgegenüber die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme: sie sehen den „ernsten Verdacht" einer strafbaren Handlung gegen die Staatssicherheit als gegeben an, eine „hohe Wahrscheinlichkeit, daß mit obersten Führungskräften der Bundeswehr strafbare Zusammenarbeit vermutet werden mußte". Der Ermittlungsrichter des BGH habe „mit hoher Wahrscheinlichkeit" annehmen können, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweisen finden werde. Aufzeichnungen über das veröffentlichte Nachrichtenmaterial seien „mit Sicherheit in der Redaktion zu vermuten gewesen".[37] Die Durchsuchung der Verlagsräume des „Spiegels" verstoße deshalb nicht gegen das Grundgesetz.

cc) Gegen eine Abstufung des Tatverdachts bei Ermittlungsmaßnahmen wendet sich Jagusch.[38] Die Staatsanwalt-

---

35) so Hall/Peter JuS 67, 355 (363, 364)

36) BVerfG aaO S. 1610/1611

37) BVerfG aaO S. 1612/1613

38) Jagusch NJW 63, 177 (183)

schaft müsse Ermittlungen vornehmen, wenn sie Kenntnis vom Verdacht einer strafbaren Handlung erlange. Es sei geradezu der Zweck einer Untersuchung, aufzuklären, ob sich der anfänglich schwache oder stärkere Verdacht weiter verdichte oder als ungerechtfertigt herausstelle. Das Merkmal des dringenden Tatverdachts, das bei der Anordnung der Untersuchungshaft vorliegen müsse, lasse sich nicht sachgemäß auf strafprozessuale Ermittlungen übertragen. Wenn die Durchsuchung eines Zeitungsverlags unter bestimmten Umständen rechtlich überhaupt zulässig sei, so sei eine weitere Abstufung weder praktikabel noch rechtlich geboten. Der richtige Maßstab zur Einschränkung prozessualer Eingriffe liege daher allein in der Güterabwägung.

b) Die Einordnung der Stärke des Tatverdachts und der Erfolgsaussicht einer Maßnahme im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bezieht die Interessenabwägung auf den konkreten Verfahrensstand. Man könnte sagen, das Allgemeininteresse an der Vornahme eines Eingriffs erhöhe sich entsprechend der Erfolgsprognose und der Wahrscheinlichkeit, daß der Beschuldigte der Straftat überführt werde. Das müsse das Prinzip der Verhältnismäßigkeit berücksichtigen.

Diese Überlegung scheint zunächst richtig und begrüssenswert. Sie entspricht dem Bedürfnis, den Beschuldigen möglichst weitgehend vor gravierenden Eingriffen zu bewahren, solange nur ein geringer Verdacht für seine Schuld spricht. Die Bedeutung des Verfahrens wird damit am Stand der Ermittlungen gemessen. Die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs erhöht das berechtigte Interesse an der Vornahme eines Eingriffs. Die Zulässigkeit prozessualer Maßnahmen wird unter einem weiteren Gesichtspunkt zugunsten der Rechtsgüter des Beschuldigten begrenzt: Die Ermittlungsbehörden sollen keine frühzeitigen Eingriffe gegen einen Verdächtigen vornehmen, dessen Schuld fraglich ist; sie sollen schwerwiegende Maßnahmen unterlassen, wenn deren Erfolg noch relativ unsicher ist.

Es fragt sich, ob diese unmittelbar vom jeweiligen Verfahrensstand ausgehenden Eingriffsschranken in den Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit eingeordnet werden können.

aa) Das Problem des verhältnismäßigen Tatverdachts und der Erfolgsaussicht läßt sich nicht in das überkommene Verbot des Übermaßes eingliedern, das von der Relation zwischen Mittel und Zweck geprägt ist.[39] Die Rechtsprechung des BVerfG erweitert den herkömmlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit um eine Abwägung des Mittels mit seinen Eingriffsvoraussetzungen. Es beschneidet das Strafverfolgungsinteresse durch höhere Anforderungen an den Tatverdacht und an die Eignung einer Maßnahme, Beweismittel von Bedeutung für das anhängige Verfahren zu erbringen.

bb) Der Tatverdacht ist der Ausgangspunkt eines Verfahrens,[40] Ziel des Verfahrens ist die Aufklärung des Sachverhalts und die Bestrafung des schuldigen Täters. Die Bedeutung der Strafsache bemißt sich nach der Strafe, die das Gericht aussprechen wird. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht insoweit auf dem unterstellten Schuldspruch, unabhängig von der Intensität des Tatverdachts und dem jeweiligen Stand des Prozesses. Die Abwägung zwischen der Schwere des Strafverfolgungseingriffs und der voraussichtlichen Strafe führt auf die Überlegung zurück, daß der Beschuldigte von der Durchführung des Strafverfahrens und den danach notwendigen Maßnahmen nicht stärker belastet werden soll als durch die Strafe selbst.[41] Die Stärke des Verdachts und der vermutliche Erfolg eines Eingriffs bleiben dabei außer Acht.

(1) Die „Verhältnismäßigkeit des Tatverdachts" beim Eingriff in ein Grundrecht des Bürgers festzulegen, stellt an die richterliche Urteilsfähigkeit höchste Ansprüche.[42]

---

39) Maunz-Dürig Art 2 II Rdnr 53; Lerche S.79; Hamann Art 19 Anm B 8; (s.o. S. 7o aa).

40) Sax „Grundrechte" S.987

41) so BVerfG 16, 2o2; OLG Saarbrücken SJZ 50, 139; OLG Hamburg JR 55, 394; s.a. Gribbohm JuS S.67, 349 (350)

42) vgl dazu E.Schmidt § 112 Rdnr 6, 8 (Nachtrag); Sarstedt „Vhdlgn d.46. DJT" F. 12 ff; Hall/Peter JuS 67, 363

Wann hat sich ein Verdacht, der nach §§ 152 II, 160 StPO auf tatsächlichen Anhaltspunkten und Unterlagen beruhen muß, soweit verdichtet, daß er nach den Umständen des Falls auch den Eingriff in ein Grundrecht rechtfertigt? Wie schwierig diese Wertungen werden, zeigt das Urteil des BVerfG im Spiegelverfahren: Die Verfassungsrichter bewerten den dringenden Tatverdacht, den der BGH und die Bundesanwaltschaft angenommen haben, mit vier gegen vier Stimmen als „verhältnismäßig".[43)]

Eine dreifache Verdachtsstufung, wie sie Klug (s.o. S.76) als angemessen für Presseeingriffe fordert,[44)] ist nicht in die Wirklichkeit umzusetzen. Sie kann nur dazu führen, daß in der Praxis des Ermittlungsverfahrens Durchsuchungen großer Verlage oder Wirtschaftsunternehmen auch bei schwerem, verhältnismäßigem Tatvorwurf erst so spät vorgenommen werden, daß sich die Maßnahme praktisch als nutzlos erweist.[45)] Eine solche Entwicklung kann jedoch im Zeitalter der „white collar"-Kriminalität nicht erwünscht sein.

---

43) vgl a. Goeschen „Vhdlgn d.46.DJT" F 83; Hall/Peter JuS 67, 355 (356, 363, 365); der Ansicht Klugs „Vhdlgn d. 46. DJT" F 42, 173, die Güterabwägung sei noch ein „rational kontrollierbarer Vorgang", kann für die Verhältnismäßigkeit des Tatverdachts nicht zugestimmt werden.

44) Mehrere Landespressegesetze haben demgegenüber generell dringenden Tatverdacht für Durchsuchung oder Beschlagnahme bei Presseunternehmen festgesetzt: §§ 29 II, III Rhld-Pfalz LPrG; 23 II, III Schleswig-Holstein LPrG; 24 II-IV NRW LPrG. Kritisch dazu Rupp S. 2o4, 2o8

45) vgl BVerfG aaO S. 1611, das empfiehlt, vor der Anordnung einer Durchsuchung zunächst den Beschuldigten zu vernehmen. Den Ermittlungsbehörden wird damit zugemutet, mögliche Fehlschläge bewußt in Kauf zu nehmen und den Erfolg einer Untersuchung von vornherein zu gefährden. Der Beschuldigte, der das Recht hat, bei der Vernehmung zu schweigen oder zu leugnen, § 136 I 2 StPO, wird alles belastende Material nach solcher „Vorwarnung" zu vernichten wissen. Anders deshalb zu Recht BVerfG aaO S. 1613; Hall/Peter JuS 67, 355 (364).

Die rechtspolitischen Bedenken Jaguschs zielen in dieselbe Richtung. Eine Strafverfolgungsmaßnahme, die der Bedeutung der Strafsache angemessen ist, ist generell bei gesetzlichem Tatverdacht zulässig. Der Verdachtsgrad bei Ermittlungen läßt sich nicht dem dringenden Tatverdacht angleichen, den das Gesetz bei der verfahrenssichernden Maßnahme der Untersuchungshaft nach § 112 StPO vorsieht.[46)]

(2) Bei der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit scheint es richtig, zwischen „frühzeitigen" und „schweren" Eingriffen zu unterscheiden. Die Schwere einer Maßnahme zeigt sich im konkreten Spannungsverhältnis von Mittel und Zweck; sie ändert sich nicht durch den Zeitpunkt der Eingriffsvornahme.

aaa) Dagegen könnte man einwenden, gerade der frühe, vielleicht vorzeitige Eingriff belaste die Rechte des Beschuldigten. Maßnahmen zu Beginn des Verfahrens seien gegenüber dem vermutet unschuldigen Bürger besonders gewichtig. Solche Eingriffe müsse der Betroffene erst dulden,[47)] wenn sich der Tatvorwurf weitgehend verdichtet habe.

Die Unschuldsvermutung kann prozessuale Maßnahmen nicht verhindern, für die zwangsläufig keine Gewißheit zu verlangen ist.[48)] Die Abstufung nach dem Grad des Verdachts relativiert die Unschuldsvermutung[49)] wenn das BVerfG abweichend von den §§ 152 II, 160 StPO gegen den im konkreten Augenblick stärker Verdächtigen weitergehende Maßnahmen als gegen den geringer Verdächtigen gestattet. „Unschuldig" ist nach Art 6 II MRK vor Rechtskraft des Urteils gerade auch der dringend tatverdächtige Beschuldigte.

---

46) anders aber Schwarz-Kleinknecht § 94 Anm 4 A, der auf den Eingriff in die Grundrechte abhebt.

47) BVerfG NJW 66, 1612; 17, 119

48) BVerfG NJW 66, 1612

49) vgl Sax „Grundrechte" S. 988: „reziprokes Verhältnis von Unschuldsvermutung und Tatverdacht."

Die Unschuldsvermutung spricht daher eher gegen als für die Konstruktion eines verhältnismäßigen Tatverdachts.

bbb) Die Ausdehnung des Übermaßverbots durch das BVerfG führt ferner von einem objektiven, sachbezogenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in die Nähe einer allgemeinen Zumutbarkeitsklausel.[50] Das Problem des verhältnismäßigen Tatverdachts beurteilt nicht, wie schwer ein Deliktsvorwurf wiegen muß, um den konkreten Eingriff zu rechtfertigen. Es fragt vielmehr, unter welchen Voraussetzungen dem Beschuldigten ein - eigentlich angemessener - Eingriff in seine Grundrechte zugemutet werden kann. Das BVerfG bewertet dafür den Grad des Tatverdachts und der Erfolgsaussicht einer Maßnahme, vgl § 102 StPO. Es könnte auch - ähnlich wie in § 61 Nr. 3 StPO bei der Abnahme des Eides oder nach § 251 I Nr.3 StPO bei der Verlesung einer Zeugenaussage - die vermutliche Bedeutung des jeweiligen Beweisergebnisses in die Abwägung mit einbeziehen. Diese zusätzliche „Verfeinerung" des Grundsatzes durch eine dritte Prognose entspräche der weiten Ausgestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der Rechtssprechung des BVerfG.

ccc) Die Wertung des Übermaßverbots muß in gewissen Grenzen nachzuvollziehen sein und überprüfbar bleiben.[51] Es kann nicht Sinn des Grundsatzes sein, als allumfassendes Mittel rechtsstaatlicher Eingriffsprüfung die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen in ein System individueller Ausgeglichenheit zu pressen. Die Tragfähigkeit des Prinzips der Verhältnismäßigkeit würde dadurch überspannt. Die Zulässigkeit eines Eingriffs darf nicht von dem unanschaulichen, fließenden Begriff des verhältnismäßigen Stands der Ermittlungen oder angemessener Erfolgsaussicht abhängen; die harten Kanten normierter Eingriffsvoraussetzungen sollen nicht gänzlich abgeschliffen werden.

---

50) vgl Schwarz-Kleinknecht § 81 c Anm 4; Kleinknecht NJW 64, 2184;

51) vgl Hall/Peter JuS 67, 363

Die Gefahr liegt nahe, die Stärke des gesetzlichen Verdachts und der Erfolgsvermutung nicht nur bei übermäßigem Mißverhältnis zur Bedeutung des Grundrechts abzuwandeln, sondern weitergehend nach dem „Maßstab der verhältnismäßigsten Beziehung".[52] Solche Verbesserungen eines noch im Einklang mit der Verfassung befindlichen Rechtsbegriffs weichen das Gesetz auf; sie werden von Art 19 II GG nicht mehr gerechtfertigt. Entgegen der Ansicht des BVerfG,[53] das Raum für die volle Wirkungskraft der Grundrechte in den strafprozessualen Normen fordert, wird man im Einzelfall zugunsten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf eine optimale Lösung des Interessenausgleiches verzichten müssen.[54]

(3) Soweit daher die strafprozessualen Eingriffsvoraussetzungen nicht durch Auslegung an die Bedeutung des Grundrechts angepaßt werden können,[55] wird man die Wahl des angemessenen Verdachts und der hinreichenden Erfolgsaussicht besser dem freien richterlichen Ermessen überlassen (vgl u. S. 141). Der Einfluß des Grundrechts kann danach die gesetzlich zulässigen Ermittlungsmaßnahmen zu Beginn eines Verfahrens beschränken. Das Gericht ist aber nicht verpflichtet, den der Schwere des Tatvorwurfs angemessenen Eingriff zu unterlassen, sondern darf im Einzelfall dem Strafverfolgungszweck den Vorrang vor den persönlichen Interessen des Beschuldigten einräumen. Bei gesetzlichem Tatverdacht wird der Beschuldigte durch solche Maßnahmen nicht übermäßig belastet.

---

[52] vgl ablehnend Lerche S. 22; von Krauss S.46

[53] BVerfG NJW 66, 1611

[54] vgl a. BVerfG 18,93; 343: Eine Verfassungsverletzung sei nur anzunehmen bei grundsätzlich unrichtiger Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts und seines Schutzbereichs; es müsse ein Spielraum bleiben für die Interessenabwägung und das richterliche Ermessen.

[55] so Schwarz-Kleinknecht § 94 Anm 4 A; BVerfG 16, 200; nach Wortsinn und gesetzlicher Systematik abzulehnen. §§ 152 II, 160 I StPO bestimmen die Stärke des Tatverdachts allgemein auch für strafprozessuale Zwangseingriffe in die Rechtsgüter der Verfahrensbeteiligten (vgl KMR (Müller) § 94 Anm 4 a)

D) Einordnung des Strafverfolgungsinteresses nach dem Verfahrensstand

a) Der Tatverdacht kann zwar nicht unmittelbar die Abwägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beeinflussen und nach der Stärke seiner Prognose den Interessenausgleich im Einzelfall bestimmen. Der Verdacht bleibt allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung; er entscheidet darüber, ob die Strafverfolgungsorgane überhaupt Ermittlungen anstellen und Untersuchungsmaßnahmen vornehmen dürfen, §§ 152 II, 160 StPO.

aa) Die Höhe des Verdachts hat jedoch für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in anderer Hinsicht Bedeutung. Der Tatverdacht legt maßgeblich die Strafverfolgungsinteressen fest, die den Rechten des Beschuldigten in der Abwägung gegenüberstehen. Die Stärke der Prognose kann die Art des Strafvorwurfs und deshalb auch die zu erwartende Strafe oder Maßregel der Sicherung und Besserung bestimmen. Die Anforderungen, die das Gericht an die Prognose zu stellen hat, hängen von der Art der Maßnahme und dem verfahrensrechtlichen Zeitpunkt ihrer Vornahme ab.

bb) Das OLG Bremen[56] hat dieses Problem bei der Aufhebung eines Haftbefehls wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erörtert. Die Abwägung setze hier voraus, daß der Beschuldigte nach dem jeweiligen Stand des Verfahrens mit großer Wahrscheinlichkeit verurteilt werde. Bei der Bewertung dürfe deshalb nicht ins Gewicht fallen, daß das Gericht in der Hauptverhandlung „möglicherweise" die Sicherungsverwahrung des Beschuldigten anordnen werde. Die Untersuchungshaft könne sich nur dann auf die Schwere dieser Maßregel stützen, wenn sie vom Gericht mit hoher Wahrscheinlichkeit in der Hauptverhandlung verhängt werde.

b) Diese Unterscheidung des OLG Bremen ist zutreffend.

---

56) OLG Bremen NJW 60, 2260

aa) Bei verfahrenssichernden Eingriffen oder vorbeugenden Maßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit, §§ 111 a, 112, 126 a StPO, fordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dringenden Tatverdacht für den konkreten Vorwurf der Straftat und hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß eine Maßregel nach den §§ 42 a ff StGB getroffen wird.[57] Das Gericht darf die bloß mögliche Bestrafung oder Unterbringung wegen eines schweren Delikts bei der Interessenabwägung nicht berücksichtigen.

Diese Beschränkung der Prognose gilt auch zu Lasten des Beschuldigten. Die zu erwartende Strafe nach § 112 I 2 StPO bleibt unverändert, wenn das Gericht eine Freiheitstrafe nur möglicherweise zur Bewährung aussetzen, den Beschuldigten vorzeitig entlassen oder auf eine Ersatzgeldstrafe erkennen wird, §§ 23, 26, 27 b StGB. Die Bedeutung der Straftat wird bei der Anordnung der Haft von solchen möglichen Einschränkungen nicht weiter berührt.[58] Die Zukunftsprognose ist hier zu schwach; sie kann die Verhältnismäßigkeitsabwägung nicht beeinflussen.

bb) Ermittlungsmaßnahmen stellen geringere Ansprüche an die Prüfung der Vorausschau. Bei ihnen genügt der konkrete Verdacht einer Straftat, §§ 152 II, 160 StPO. Die „nur schwache Wahrscheinlichkeit" [59] dafür, daß der Beschuldigte die fragliche Straftat begangen hat, bestimmt das Strafverfolgungsinteresse für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das Gericht bewertet die Bedeutung der Sache und die voraussichtliche Strafe nach diesem Delikt.

(1) Die Strafverfolgungsorgane müssen nach dem

---

57) s.Schwarz-Kleinknecht § 126 a Anm 1 A; KMR (Müller) S. 126 a Anm 1 b

58) anders Schultz JR 63, 298, der zwar darauf abstellt, ob eine bedingte Entlassung „zu erwarten" ist, diese Voraussetzung jedoch auch dann als erfüllt ansieht, wenn eine spätere Entlassung „nicht auszuschließen ist, sondern möglich erscheint."

59) KMR (Müller) § 152 Anm 3 b aa

Legalitätsprinzip jeden Verdacht einer strafbaren Handlung verfolgen und im Prinzip der Verhältnismäßigkeit beachten. Wenn sich nach den Einzelumständen Anhaltspunkte für gleichermaßen mögliche, einander aber ausschließende Straftaten zeigen, so muß für das Verhältnismäßigkeits=urteil die schwerere Tatvariante zugrunde gelegt werden. Der Grundsatz „in dubio mitius" paßt nur auf endgültige Sachverhaltsfeststellungen und gilt nicht für das Über=maßverbot bei Ermittlungseingriffen.

(2) Die größere Wahrscheinlichkeit eines Delikts bleibt bei Aufklärungsmaßnahmen gleichgültig. Das BVerfG[60] hebt unrichtig bei der Durchsuchung eines Presseunternehmens auf die „geringe" oder die „hohe Wahrscheinlichkeit" ab, die für die Begehung einer Straftat spreche. Darauf kommt es im Ermittlungsverfahren nicht an, solange die Eingrife in Presseunternehmen keinen dringenden Tatverdacht voraus=setzen.[61]

cc) Werden nach Eröffnung des Hauptverfahrens Eingriffe der Strafverfolgung in die Rechtssphäre des Beschuldigten nötig, so kann das Gericht die Bedeutung der Sache und die zu erwartende Strafe nur dem Delikt entnehmen, dessen der Angeklagte unter Beachtung aller Umstände „hinreichend verdächtig" erscheint. § 2o3 StPO.

(1) Diese strengere Anforderung an die Stellung der Prognose gilt nicht nur für Enzephalographie und Liquor=entnahme.[62] Das Gericht hat sie auch bei der Verwertung von Tonbandaufnahmen und Tagebüchern zu beachten, deren

---

60) BVerfG NJW 66, 1611, 1613

61) so aber einzelne Landesgesetze §§ 29 II, III LPrG Rhld-Pfalz; 23 II, III LPrG Schleswig-Holstein; 24 II-IV LPrG NRW

62) vgl BVerfG 17, 119 - grundsätzlich noch höhere An=forderungen, bedingt durch die Art der Maßnahme (s.o. S. 71 ff)

Verlesen oder Abspielen erneut das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angeklagten verletzte.[63] Der Angeklagte kann vorgeführt werden, solange noch ein „hinreichender Tatverdacht" besteht.[64]

Wenn die Staatsanwaltschaft ein schwereres Delikt wegen unzureichender Beweise nicht angeklagt hat, so darf das Gericht bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit in der Hauptverhandlung nicht auf diesen Tatvorwurf zurückgreifen - mag auch ein gewisser Verdacht insoweit noch bestehen.

(2) Die Rechtslage vermag sich nach einer Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu ändern, der Sachverhalt kann sich gegenüber dem Ermittlungsverfahren und dem Anklagevorwurf weiter klären, vgl §§ 265, 266 StPO. Die veränderte Bedeutung der Strafsache ist bei der Verhältnismäßigkeitswertung eines nunmehr erfolgenden Eingriffs zu beachten.[65]

B e i s p i e l : Der Untersuchungsrichter hat ein Tagebuch mit höchst-persönlichem Inhalt anläßlich der Ermittlungen wegen versuchten Mords beschlagnahmt, §§ 211, 212, 43 StGB. Während der Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht ändert sich der rechtliche Gesichtspunkt des Verfahrens: das Gericht entscheidet nur noch über den Vorwurf einer gefährlichen Körperverletzung, §§ 223, 223 a StGB. Eine Verlesung des Tagebuchs kann nun unverhältnismäßig geworden sein, §§ 244 II, 249 StPO.

(3) Wenn der Angeklagte in erster Instanz freigesprochen oder nur zu geringer Strafe verurteilt ist, so begründet der etwa fortbestehende erhebliche Tatverdacht eines schweren Delikts keine Verhältnismäßigkeit weiterer Maß-

---

63) vgl BGH 14, 358 (363, 364); 19, 325 (333); Grünwald JZ 66, 491 (496)

64) E.Schmidt § 230 Rdnr 12; enger Franz NJW 63, 2264 - keine Vorführung oder Verhaftung, wenn mit Sicherheit ein Freispruch zu erwarten ist

65) s.Kleinknecht NJW 66, 1537 (1540)

nahmen.[66] Die zu erwartende Strafe ergibt sich aus dem Urteil, soweit nicht neue, bisher unbekannte Tatsachen auftauchen oder die Entscheidung offensichtlich rechtsfehlerhaft ist. Nach § 120 I 2 StPO ist ein Haftbefehl aufzuheben, wenn das Verfahren endgültig eingestellt, der Beschuldigte freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt wird. Für den weiteren Verlauf des Prozesses werden die Strafverfolgungsinteressen maßgeblich durch die gerichtliche Entscheidung festgelegt.

Z u s a m m e n f a s s u n g III:

1.) Der Einfluß der Prognose ist bei Maßnahmen im Strafprozeß stärker ausgeprägt als im Verwaltungsrecht und auch im Polizeirecht. Im Zeitpunkt des ersten Zugriffs können das Gericht und die Ermittlungsbehörden die weitere Entwicklung des Verfahrens nur in groben Umrissen überblicken. Deshalb bewertet ein Teil der Rechtsprechung und der Literatur im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch die Stärke des Tatverdachts und den voraussichtlichen Erfolg einer Maßnahme. Diese Meinung sprengt die Mittel-Zweck-Bezogenheit, in der man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bisher zu sehen pflegt. Sie dehnt den Wirkungsbereich des Prinzips auf die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Maßnahme aus.

Tatverdacht und Erfolgsaussicht werden auf die Schwere des Eingriffs und auf die Bedeutung des verletzten Grundrechts abgestimmt.

2.) Diese Erweiterung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit ist jedoch abzulehnen.

Bei Maßnahmen, welche die Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten feststellen sollen, verbirgt sich hinter dem Begriff der Verhältnismäßigkeit der Gedanke der Subsidiarität und einer „Noch-nicht-Erforderlichkeit" im

---

66) KMR (Müller) § 120 Anm 1 b (1); Kleinknecht MDR 65, 786

Sinne behutsamer Verfahrensgestaltung. Ein Freispruch nach § 51 I StGB wird den Beschuldigten oft in seinem persönlichen, gesellschaftlichen und beruflichen Wirkungsbereich treffen. Die Untersuchung in einer Heil- und Pflegeanstalt, Liquorentnahme und Enzephalographie können in einem späteren Abschnitt des Prozesses vorgenommen werden, ohne daß ein Verlust des Beweismittels zu befürchten ist. Maßnahmen zur Überprüfung der Schuldfähigkeit sind daher überflüssig, solange eine Verurteilung nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet wird. Die Eingriffe treten grundsätzlich hinter anderen Beweismethoden zurück, die eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige Verwirklichung des Strafvorwurfs feststellen sollen. Die Berufung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann solchen Überlegungen richterlicher Prozeßfürsorge nur sehr begrenzten Ausdruck verleihen.

Bei Ermittlungseingriffen nähert sich die auf Tatverdacht und Erfolgsaussicht bezogene Verhältnismäßigkeit einem Zumutbarkeitsgrundsatz, der bestimmt, was der einzelne Bürger nach dem konkreten Stand des Verfahrens an Eingriffen zu dulden hat. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verläßt den Boden materieller Interessenabwägung und formt die normierten Eingriffsvoraussetzungen der §§ 152 II, 160 I StPO an den Grundrechten des Beschuldigten aus. Der unbestimmte und vage Zuschnitt des jeweils „rechtsstaatlichen" Tatverdachts läßt sich keinem gebrauchsfähigen, abgrenzbaren Rechtsgrundsatz eingliedern. Die Intensität des Verdachts und die Erfolgsaussicht einer Maßnahme können jedoch die Ausübung des Ermessens im grundrechtsfreundlichen Sinn lenken und beeinflussen.

3.) Das Gericht prüft die Höhe des Verdachts und damit die Stärke der Prognose, wenn es das Strafverfolgungsinteresse bei den einzelnen Maßnahmen festlegt. Nach der Art der Maßnahme und dem Zeitpunkt ihrer Vornahme können

sich dabei unterschiedliche Anforderungen ergeben. Die Bedeutung der Sache und die voraussichtliche Strafe richten sich im Ermittlungsverfahren nach dem schwersten Delikt, dessen der Beschuldigte konkret verdächtig ist; bei Haft und Präventivmaßnahmen ist der dringende Tatverdacht maßgeblich. Wenn Anklage erhoben ist, muß der Richter die Eingriffe auf die Höhe einer wahrscheinlichen Verurteilung abstimmen.

IV. Der Umfang der Verhältnismäßigkeit im Strafprozeß

A) Die Verhältnismäßigkeit von Anlaß und Mittel

a) Die Rechtsprechung kennt neben der Verhältnismäßigkeit des Tatverdachts und der Erfolgsvermutung eine weitere Form, in der das Übermaßverbot die vom Verwaltungsrecht her übernommene Mittel-Zweck-Ausrichtung zu sprengen sucht. Die Rückbezogenheit des Strafverfahrens - dem Verwaltungsrecht nicht im gleichen Maße eigen -[1] verlangt, den prozessualen Eingriff auch auf seinen konkreten Anlaß hin zu überprüfen.

aa) Nach allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum kann das Gericht einem Anwalt die Verteidigungsbefugnis entziehen, wenn er sich der Beteiligung oder Begünstigung an der zur Aburteilung stehenden Tat schuldig gemacht hat.[2] Der Verteidiger darf nicht die Durchführung des anhängigen Strafverfahrens gefährden und die Erforschung der Wahrheit vereiteln. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit eines Rechtsanwalts hat das Gericht jedoch das Verbot des Übermaßes zu beachten:[3] Der Eingriff muß „in einem vernünftigen Verhältnis zum gegebenen Anlaß und dem verfolgten Zweck" stehen; der Verteidiger darf nur ausgeschlossen werden, wenn die Schwere der ihm vorgeworfenen Tat die Maßnahme rechtfertigt.

bb) Der BGH hat in zwei Entscheidungen die Voraussetzungen umrissen, die bei der Unterbringung eines Angeklagten in eine Heil- und Pflegeanstalt nach § 42 b StGB an die Bedeutung der begangenen Tat zu stellen sind.[4] Danach braucht die strafbare Handlung nicht symptomatisch[5]

---

1) Peters LB S. 27

2) BVerfG 15, 227 ff = MDR 63, 468 (469); KMR (Sax) Einl 1 d (I); Schwarz-Kleinknecht Vorb § 137 Anm 2

3) BVerfG MDR 63, 469; KMR (Sax) aaO

4) BGH 20, 232; NJW 67, 297

5) so aber Schönke-Schröder § 42 b Rdnr 12; Schwarz-Dreher § 42 b Anm 2; BGH MDR 68, 160 (für § 20 a StGB)

für die künftige Gefährlichkeit des Täters zu sein. Wie § 42 b I 2 StGB zeige, müsse das Delikt aber eine gewisse Schwere aufweisen; es müsse „in einem angemessenen Verhältnis zu der angeordneten Maßnahme stehen". Bei harmlosen Zechprellereien in Höhe von DM 7.1o und DM 7.5o -Notbetrugstaten nach § 264 a StGB - dürfe der Strafrichter den Beschuldigten nicht in eine Heil- und Pflegeanstalt einweisen, auch wenn der Angeklagte in Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit schwerere Delikte verüben werde. Bei geringfügiger Vortat könne auch ein gefährlicher Täter nur unter den Voraussetzungen des „wertneutralen" landesrechtlichen Unterbringungsverfahrens in die Anstalt verwiesen werden, vgl § 3 II Bd-W-Unterbringungsgesetz.

Diese Einschränkung des § 42 b StGB nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzips gilt unmittelbar für die einstweilige Unterbringung im Strafprozeß, §§ 126a I StPO. Die Strafverfolgungsorgane müssen das Übermaßverbot in diesem Sinne ferner bei § 112 III StPO - der schon eine gewisse Auslese besonders schwerer Sittlichkeitsverbrechen bringt - und auch bei § 111a StPO beachten, vgl § 42 m II StGB.

b) Die Mittel-Anlaß-Verhältnismäßigkeit verweist auf die Rückbezogenheit des Strafverfahrens, das auch bei Präventivmaßnahmen seinen Ausgangspunkt in einer mit Strafe bedrohten Handlung findet.[6] Darin unterscheidet sich der Strafprozeß von dem stärker zukunftgerichteten, gestaltenden Verwaltungsrecht.[7] Die Schwere einer Straftat bildet den Anknüpfungspunkt des Übermaßverbots bei sichernden und vorbeugenden Maßnahmen; die Bedeutung des Tatvorwurfs bestimmt, ob Eingriffe der Strafverfolgungsbehörden geboten sind. Bei geringer, „unverhältnismäßiger" Beschuldigung ist die einstweilige Unterbringung nach § 126 a StPO unzulässig, selbst wenn die allgemeine Sicherheit für die Zukunft solche Eingriffe erforderte.

---

[6] s. Gribbohm JuS 67, 349 (353)

[7] vgl Peters LB S.27

Der Entzug der Verteidigungsbefugnis soll die ungestörte Durchführung eines Verfahrens gewährleisten; er ist nur gestattet, wenn auch der konkrete Anlaß - das pflichtwidrige oder strafbare Verhalten des Verteidigers - den weitreichenden Eingriff rechtfertigt.[8] Verfahrenssichernde Maßnahmen bedürfen im Strafprozeß einer bestimmten Mindestschwere des Delikts, das den prozessualen Eingriff auslöst. Der Zweck der Maßnahme ist insoweit unbeachtlich. Sax,[9] der den Entzug der Verteidigungsbefugnis nur am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck mißt, ordnet das Problem daher systematisch unrichtig ein.

c) Die Mittel-Anlaß-Verhältnismäßigkeit wägt - anders als das Prinzip des verhältnismäßigen Tatverdachts und der verhältnismäßigen Erfolgsaussicht - materielle Interessen gegeneinander ab. Der Schwere der Maßnahme steht die Bedeutung des Delikts gegenüber, das den sichernden strafprozessualen Eingriff verursacht. Das Gericht kann diese Abwägung mit hinreichender Klarheit und Genauigkeit vornehmen. Die Erweiterung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entspricht der Eigenart des Strafverfahrens.

aa) Das Übermaßverbot ist hier im Sinn einer sachlogischen Ausgewogenheit verfahrensrechtlicher Eingriffe zu verstehen und vertritt ein allgemeines Prinzip prozessualer Mäßigung.[10] Eingriffe im repressiven System müssen tatangemessen sein. Diese Verhältnismäßigkeit zwischen der Schwere einer strafprozessualen Maßnahme und ihrem Anlaß berührt das Problem, wann ein konkreter Sachverhalt Eingriffe der Strafverfolgung überhaupt erfordert.[11]

---

8) vgl a. E. Schmidt NJW 63, 1755;

9) KMR (Sax) Einl 3 III c

10) Gribbohm Jus 67, 349 (353) leitet diese Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die „überpositive Gerechtigkeitsidee" zurück.

11) vgl Schwarz-Kleinknecht Vorb § 137 Anm 2: „durch die Umstände zwingend geboten".

bb) Bei rechtsstaatlich hinreichendem Anlaß kann das Gericht einschneidende, nur am Zweck ausgerichtete Maßnahmen anordnen.[12] Wenn etwa ein Geisteskranker seinen Nachbarn in den Arm gestochen hat, um ihm Schmerzen zuzufügen, so wird der Richter den unzurechnungsfähigen, gefährlichen Täter nach § 126a StPO einstweilig unterbringen. Diese Sicherungsmaßnahme darf mehrere Monate andauern, obwohl die gefährliche Körperverletzung, § 223a StGB, bei einem verantwortlichen Täter nur mit einer Geldstrafe oder einer zur Bewährung ausgesetzten Gefängnisstrafe geahndet würde.

Die rechtsstaatlichen Voraussetzungen einer vorläufigen Unterbringung sind gegeben, wenn der Beschuldigte eine Körperverletzung nach § 223a StGB begangen hat. Die Dauer der Unterbringung richtet sich nach dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit. Soweit sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auf die Bedeutung der Straftat bezieht, die eine prozessuale Maßnahme auslöst, bietet er nur Schutz bei Bagatelldelikten. Er ersetzt den Begriff der Symptomtat, durch den die Literatur die strafrechtliche Unterbringung zu begrenzen sucht.[13] Die Mittel-Anlaß-Verhältnismäßigkeit ist allgemeiner gefaßt und ausgeformt, als das Verbot des Übermaßes zwischen Mittel und Zweck.

B) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als allgemeines Maßprinzip

Das Wort Benedict Carpzovs: „in delictis atrocissimis propter enormitatem iura transgredi licet",[14] stammt

---

12) vgl a. Gribbohm JuS 67, 349 (354)

13) vgl Schönke-Schröder § 42 b Rdnr 12; Schwarz-Dreher § 42 b Anm 2;

14) Benedict Carpzov in „practica nova imperalis Saxonica rerum criminalium", 8 ed.p.III qu. 1o2 Nt 67, 2; abgedruckt bei Peters LBS.56; „Gutachten" S. 140.

aus dem Inquisitionsprozeß. Es legt die Prüfung nahe, ob das Prinzip des gebotenen Mittels zum rechten Zweck über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch das heutige Strafverfahren durchdringen kann, vgl. § 89 Einl ALR. Können Gericht und Staatsanwaltschaft eine Maßnahme ohne gesetzliche Stütze anordnen, wenn die Schwere des Eingriffs im rechten Verhältnis zur Bedeutung der verfolgten Straftat steht?

a) Klein[15] hat die Frage aufgeworfen, ob das Gericht gegenüber vorbestraften, „ausgekochten" Verbrechern auch unzulässige, eigentlich verbotene Beweismethoden anwenden dürfe. Die Vernehmung im Strafprozeß stelle zu einseitig auf Würde und Freiheit des Rechtsbrechers ab. Das Gericht habe auch die Würde des verletzten Opfers zu wahren. Wenn es zur Erforschung der materiellen Wahrheit notwendig sei, dürfe das Gericht auch Eingriffe in die Menschenwürde des Straftäters vornehmen.

Die Ansicht Kleins hat im Schrifttum keine Zustimmung gefunden.[16] Zu Recht weist man darauf hin, daß schon der Ausgangspunkt seiner Überlegungen gegen die Unschuldsvermutung des Art 6 II MRK verstößt. Der Beschuldigte ist noch kein „Rechtsbrecher". Er gilt als unschuldig bis zur Rechtskraft des Urteils, selbst wenn seine Täterschaft nach Zeugenaussagen und Tatspuren klar erwiesen zu sein scheint. Die Achtung vor dem Opfer einer Straftat rechtfertigt es nicht, die Menschenwürde des vermutlichen Täters anzutasten. Der Staat darf dem Verletzten keine nachträgliche Genugtuung dadurch verschaffen, daß er seinerseits die Menschenwürde des Angeklagten verletzt.[17]

---

15) von Mangoldt-Klein Art 1 GG Anm III 5 cc; vgl a Dürig AöR 81, 128

16) vgl Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 37; Hamann S.75; Scupin DÖV 57, 552; Sax „Grundrechte" S. 972; KMR (Sax) Einl 1 c; Kohlhaas JR 60, 247; DRiZ 66, 289; Peters „Gutachten" S. 140; Peters LB S. 25;

17) Maunz-Dürig aaO.

b) Maßnahmen der Strafverfolgung, die in die Menschenwürde eingreifen, lassen sich deshalb nach völlig herrschender Meinung durch keinen Zweck rechtfertigen, vgl § 136a StPO. Fraglich ist jedoch, wieweit das auch für Maßnahmen gilt, die ihre gesetzlichen Grundlagen überschreiten oder gar nicht gesetzlich geregelt sind. Probleme können besonders dann entstehen, wenn technische Neuerungen neue Methoden der Verbrechensbekämpfung ermöglichen und Eingriffe in Grundrechte gestatten, die nach ihrer Art und in diesem Umfang in der StPO keine Beachtung gefunden haben.

aa) Das Abspielen eines heimlich aufgenommenen Tonbands oder die Verlesung eines höchstpersönlichen Tagebuchs vor Gericht verletzt das Grundrecht des Beschuldigten auf Wahrung seiner Intimsphäre.[18] Dennoch gestattet der BGH die Verwertung der Beweismittel, wenn „das Interesse des Staates an der Strafverfolgung das persönliche Interesse am Schutz des eigenen Geheimbereichs überwiegt."[19] Das Gericht beruft sich dafür auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: das Tagebuch dürfe verlesen werden „im Rahmen eines ausgewogenen Verhältnisses" zwischen Grundrechtsschutz und Strafverfolgungsinteresse. Wie Jescheck[20] zutreffend feststellt, begrenzt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit danach den Geltungsbereich der Grundrechte zugunsten der Wirksamtkeit des Strafverfahrens.

bb) Kleinknecht[21] versucht bei den Ausführungen des BGH zu unterscheiden: Zwar lasse sich der Verhältnismässigkeitsgrundsatz keinesfalls umkehren und rechtfertige keinen unzulässigen Eingriff über den Bereich einer Norm hinaus, z.B. Verletzungen des Telefon- und Postgeheimnisses nach den §§ 99-lol StPO, §§ 12, 13 FernmeldeanlagenG (vom

---

18) so BGH 19, 325 (332); 14, 361; s.a.KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 b (I) (7 b); Heinitz JR 64, 443;Dünnebier MDR 64, 967;

19) BGH 19, 332; 14, 361

20) Jescheck „Generalgutachten" S.5o; ebenso Dünnebier MDR 64, 968; Sax JZ 65, 5

21) Kleinknecht NJW 66, 1537 (1540)

6.4.1892 i.d.F.v.14.1.1928). Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bilde aber eine Unzulässigkeitsgrenze bei gesetzlich nicht konkret geregelten Maßnahmen. Ein Eingriff sei zulässig, „wenn der Hinderungsgrund der Verhältnismäßigkeit nicht besteht oder entfällt."

cc) Sax [22] hält die heimliche Tonbandaufnahme und „im äußersten Notfall" auch die Telefon-Überwachung zur Aufklärung einer Straftat für zulässig, wenn das Interesse des Beschuldigten am Schutz seiner Persönlichkeitssphäre, Art 2 I, 1 GG, mit privaten oder öffentlichen Interessen in Konflikt gerät und diese Interessen auch im Licht der Bedeutung des verletzten Grundrechts überwiegen. Der Eingriff stelle sich damit „als das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des durch ihn beabsichtigten Zwecks" dar.

Diese Meinung übernimmt die Grundsätze der zivilrechtlichen Judikatur zur erlaubten Tonbandaufnahme[23] in den Bereich des Strafprozesses. Ermittlungsrichter und Staatsanwaltschaft dürfen nicht nur zum Schutz eines Bedrohten oder Erpreßten, also nach Notwehrgrundsätzen in die Privatsphäre eines Verdächtigen eingreifen. Bei der Aufklärung eines schweren Delikts kann auch das überwiegende öffentliche Interesse es rechtfertigen, Telefonanrufe des Beschuldigten abzuhören oder ein verstecktes Tonbandgerät in seiner Wohnung anzubringen.[24] Die Maßnahme bedarf nach Meinung Sax' in solchen Fällen keiner besonderen gesetzlichen Grundlage.

dd) Jagusch[25] verweist auf denselben Grundgedanken bei seinem Versuch, die §§ 53 I, 5, 97 V StPO durch Güterabwägung an die Bedeutung der Pressefreiheit anzupassen. Er stellt die Frage, ob § 97 V StPO „trotz seines Formalismus"

---

[22] KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 b (I) (7 b, c)

[23] BGH Z 3, 270; 27, 286; KG NJW 56, 26.

[24] zustimmend Kleinknecht NJW 66, 1541 für die heimliche Tonbandaufnahme

[25] Jagusch NJW 63, 177 (183)

die Oberhand behalte,[26] soweit er die Presse mehr begünstige als eine Interessenabwägung nach Art 5 I 2 GG verlange. Das sei zweifelhaft; eine Vorschrift müsse nicht allein mit Art 5 GG in Einklang stehen, sondern auch mit dem übrigen materiellen Recht.

Nach dieser Auffassung darf eine prozessuale Maßnahme bei überwiegendem Strafverfolgungsinteresse auch in den gesetzlich gesicherten Bereich des Zeugnisverweigerungsrechts oder Beschlagnahmeverbots eingreifen. Die Interessenabwägung des Gerichts erweitert oder verengt den Schutzbereich einer Vorschrift entsprechend der jeweiligen materiellen Interessenlage. Die richterliche Wertung ersetzt in vollem Umfang das Gesetz.

c) Diese Methode der Interessenabwägung und des damit verknüpften Verhältnismäßigkeitsprinzips ist in Rechtsprechung und Schrifttum auf Kritik gestoßen.

aa) Der BGH hat sich in seinem Beschluß vom 7.12.62[27] gegen eine Einschränkung prozessualer Rechte durch grundrechtsbezogene Interessenabwägung ausgesprochen. Das Gericht weist zutreffend darauf hin, daß ein Gesetz nicht deshalb verfassungswidrig sei, weil es den Beschuldigten stärker begünstige als die Pressefreiheit im Einzelfall gebiete. Es müsse dem Gesetzgeber überlassen bleiben, in solchen Fällen den Schutz des Redaktionsgeheimnisses in den §§ 97 V, 53 I 5 StPO weiter einzuschränken.

bb) Kohlhaas[28] zieht von der „Tagebuch-Entscheidung" des BGH 19, 325 ff den Vergleich zu dem „unbegreiflichen Satz, daß Narcoanalyse bei hartgesottenen Verbrechern Anwendung finden könne." Das sei „mit umgekehrten Vorzeichen" dasselbe, wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Intimsphäre. Solche Abwägungen hätten nichts mehr mit

---

[26] so BGH, Beschluß v. 7.12.1962, Arch.f.PresseR Übersicht VII/1962 S.92

[27] BGH Arch.f.PresseR Übers. VII/1962 S.92

[28] Kohlhaas DRiZ 66, 286 (289)

dem Legalitätsprinzip und der Aufklärungsmaxime zu tun.

Das Strafverfahren kann nach dieser Auffassung keine unbeschränkte Interessenabwägung ohne gesetzliche Bindung übernehmen.[29] Die Beteiligten seien anders als im Bürgerlichen Recht prozessual nicht gleichgestellt. Der Einzelne habe im Strafverfahren ein subjektives Recht auf Gesetzmäßigkeit des Eingriffs, der seine Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtige;[30] das sehe auch Art 8 II MRK vor. Das „Prinzip des rechten Mittels zum rechten Zweck" begründe keine Befugnisse, die aus dem Gesetz nicht abzuleiten seien.

cc) Peters[31] hat diese Gedankengänge für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zusammengefaßt: Da es in einem Rechtsstaat eine Strafverfolgung nur innerhalb der Legalität gebe, könne die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs nur den zulässigen Rahmen der Strafverfolgung einengen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besage nicht, daß eine an sich unerlaubte Methode angewendet werden dürfe, weil es sich um ein besonders schwerwiegendes Verbrechen handle.[31a]

d) Diese Ausführungen im Schrifttum überzeugen.

aa) Zwar unterstreicht die Entscheidung des BGH in 19, 325 ff; 14, 348 ff die Stellung der Grundrechte im Strafverfahren und anerkennt erstmals das Recht auf Wahrung einer Intimsphäre. Das Gericht bedient sich aber methodisch Carpzovscher Thesen.[32] Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beschränkt die „grundsätzlich unantastbare Intimsphäre" bei der Verfolgung schwerer Delikte; es schützt die Wirksamkeit

---

29) Kohlhaas JR 60, 247; Scupin DÖV 57, 548 (552); vgl a. Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 15, 39 - keine Berufung auf die „Rechte anderer"; anders Kleinknecht NJW 66, 1541.

30) Evers S. 33, 51/52; 106

31) Peters „Gutachten" S.141

31a) Die Aktualität dieser Frage ist geringer geworden, seitdem die Überwachung des Fernmeldeverkehrs in § 100a StPO geregelt wird (Ges.v.13.8.1968, BGBl I S.949). Der Rückgriff auf einen allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der diese Lücke ausfüllen sollte, ist insoweit überflüssig geworden.

32) vgl Kohlhaas DRi Z 66, 286

der Strafverfolgung und ersetzt das fehlende Gesetz.[33] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre in dieser Ausprägung ein reines Maßprinzip. Er verkörperte das Bedürfnis nach einem wertmäßig abgewogenen und gleichgewichtigen Strafverfahren, entzöge sich aber einer weiteren dogmatischen Bindung und Einstufung. Das Übermaßverbot gälte als das allgemeine Prinzip des „rechten Mittels zum rechten Zweck" Der Satz Carpzovs fände - etwas abgewandelt - über das Verhältnismäßigkeitsprinzip seinen Einlaß im modernen Strafverfahren: Eingriffe der Strafverfolgungsorgane sind gestattet, wenn sie der Schwere der strafrechtlichen Untersuchung entsprechen.

bb) Diese Form der Verhältnismäßigkeit läßt sich nicht mit der Schutzrichtung des Prinzips vereinbaren. Die gefährliche Unbestimmtheit des „allgemeinen Rechtsstaatsgrundsatzes" ermöglicht es, die Verhältnismäßigkeit als den objektiven Maßstab eines umfassend ausgewogenen Verfahrens zu verstehen. Die Ausprägung als überpersönliches Maßprinzip wird jedoch dem eigentlichen Bestimmungszwecks des Grundsatzes nicht gerecht. Die systematische Stellung in Art 19 II GG klärt die Schutzrichtung des Übermaßverbots im Strafprozeß und beschränkt seine uferlose Geltung als „rechtes Mittel zum rechten Zweck":

(1) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine Abwehrnorm des Beschuldigten; sie sichert den Verdächtigen vor übermäßig schweren Maßnahmen der Staatsgewalt im Strafverfahren. Die Verhältnismäßigkeit beschneidet als Kontrollmaßstab des Gerichts an sich zulässige, gesetzmäßige Eingriffe[34] und baut den formalen Schutz des Bürgers im Vorbehalt des Gesetzes materiell-wertend aus. Der bloße Einklang der strafprozessualen Maßnahme mit den grundrechtlich gewährleisteten Rechten des Beschuldigten erschöpft die Eigenart des Verhältnismäßigkeitsprinzips noch nicht.

---

[33] s. Rupp S. 176

[34] Peters „Gutachten" S. 14o, Rupp S. 176

(2) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schirmt den Beschuldigten vor schwerwiegenden gesetzmäßigen Eingriffen ab. Die Schutzrichtung des Übermaßverbots in Art 19 II GG gewährleistet den Bestand der Individualrechte, nicht umgekehrt die Wirksamkeit des Strafverfahrens und maßvolle Grundrechtsbeschränkung. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist kein Mittel zur Sicherung schlagkräftiger Strafverfolgung.

(3) Die Differenzierung Kleinknechts[35] ist abzulehnen. Wo es „an einer gesetzlichen Regelung fehlt", fehlt auch die Grundlage für die Anordnung strafprozessualer Maßnahmen. Eingriffe ohne Gesetz sind ebenso rechtswidrig wie Maßnahmen, die ausdrücklich den Umfang einer Rechtsnorm überschreiten.[36]

Der grundrechtsabgestimmte, angemessene Eingriff befreit nicht vom Erfordernis der Legalität. Das Übermaßverbot ist keine strafprozessuale Form des übergesetzlichen Notstands oder der Wahrung berechtigter Interessen nach § 193 StGB.[37] Maßnahmen der Strafverfolgung müssen sich auf Normen gründen. Das Übermaßverbot rechtfertigt Eingriffe nicht; es kann ein Gesetz weder ergänzen noch ersetzen.

C) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Grundrechte

a) Wie gerade gezeigt (s.o. S. 101), hemmt das Übermaßverbot die Schlagkraft der Strafverfolgung und beschränkt den Grundsatz der Wahrheitsermittlung. Die Achtung vor der menschlichen Persönlichkeit und ihren Grundrechten geht Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten vor.[38] Der Schutzgrund des Verhältnismäßigkeitsprinzips liegt in den außerprozessualen Interessen und Werten des Einzelnen. Der Gegensatz zwischen

---

[35] Kleinknecht NJW 66, 1537 (1540 ff)

[36] vgl Jagusch NJW 63, 183; KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 b (I) (7 b, c)

[37] s. Evers S. 106; Kohlhaas Jur Jhb 4, 50 (62); vgl a Schönke-Schröder § 193 Rdnr 10

[38] BVerfG 17, 108 (117/118)

den Rechten des Bürgers und den Belangen der Strafverfolgung kann zu Spannungen führen, die mit dem formalen Hinweis auf das Gesetz nicht befriedigend zu lösen sind. Art 19 II GG ist auf diese Gegensätze abgestellt.

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dient daher keiner Koordination gegensätzlicher Staatsinteressen innerhalb des Strafprozesses. Das Übermaßverbot umfaßt nicht den Interessenausgleich zwischen Politik und Staatsräson einerseits und den Erfordernissen der Strafverfolgung andererseits. Auch hier wäre der Grundsatz reines Maßprinzip ohne seine besondere, ihm typische Ausrichtung auf die Rechte des Einzelnen.[39] Das Verhältnismäßigkeitsprinzip schützt deshalb keine Dienst und Behördengeheimnisse, §§ 54, 96 StPO; 61,62 BBG. Zwar bewertet der Grundsatz im Polizeirecht unverhältnismäßige Schäden für den Einzelnen oder die Gemeinschaft.[40] Dieses, dem Umfang der polizeilichen Generalklausel nach §§ 1,5 I Bd-W-PolG entsprechende Prinzip der Verhältnismäßigkeit kann jedoch nicht in den Strafprozeß übernommen werden.

aa) Der übermäßig schwere Eingriff der Polizei verfehlt seinen Zweck, da er selbst wieder einen ordnungswidrigen Zustand schafft.[41] Solche Maßnahmen können zugleich den Einzelnen und die Allgemeinheit belasten.

bb) Das Übermaßverbot im Strafverfahren ist von den gegensätzlichen Interessen des Beschuldigten und der Allgemeinheit geprägt; dem Freiheitsanspruch des Angeklagten steht der Strafanspruch der Gemeinschaft gegenüber. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt daher keine Belange der Allgemeinheit im Verfahren - es sei denn, man löste die Gegensätzlichkeit der Einzel- und Gemeinschaftsinteres=

---

39) vgl a Schwarz-Kleinknecht Einl 7 C

40) Drews-Wacke S. 168,169; vgl aber BGHZ 12,2o6: auch im Fall der Verlagerung einer polizeilichen Störung stellt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit auf die verletzten Interessen des Einzelnen ab (Zigeunerlager-Fall).

41) Drews-Wacke S.168/169; Reiff § 5 Anm III: Die Endlage darf im ganzen nicht polizeiwidriger als die Ausgangslage sein.

sen in einem übergeordneten, höheren Verständnis des „Allgemeinen" auf.

c) Das können Beispiele erläutern:

aa) Wenn die Polizei einen Verkehrsunfall aufnimmt, die Spuren sichert und fotografiert, §§ 160, 161, 94 StPO, kann eine Umleitung des Kraftfahrzeugverkehrs erforderlich werden. Die strafprozessualen Maßnahmen greifen mittelbar in die Sicherheit und Ordnung des Straßenverkehrs ein. Der normale Verkehrsfluß stockt; die Unfallgefahr ist erhöht. Liegt nur der Verdacht einer Verkehrsübertretung mit geringem Blechschaden vor, so ist die gründliche und langwierige Aufnahme des Unfalls durch die Polizei in hohem Maße unzweckmäßig. Sie verstößt aber - soweit sie nur andere öffentliche Belange berührt - nicht gegen das Übermaßverbot.

bb) § 13 III Nr.1 Bd-W-LPrG zeigt einen Grenzfall der Abwägung öffentlicher Interessen zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach dieser Vorschrift ist die Beschlagnahme eines Druckwerks verboten, wenn der „mit ihr verfolgte Rechtsschutz offensichtlich geringer wiegt als das ... öffentliche Interesse an unverzögerter Unterrichtung durch das Druckwerk."

(1) Rebmann-Ott-Storz vertreten die Ansicht, es handle sich hier um einen Fall des Verhältnismäßigkeitsprinzips.[42)]

(2) Dagegen spricht bereits, daß nach § 13 III Nr.1 LPrG kein „krasses Mißverhältnis" zwischen den beteiligten Interessen zu bestehen braucht. Das bloße Überwiegen des öffentlichen Interesses an rechtzeitiger Unterrichtung durch das Druckwerk[43)] genügt aber für die Anwendung des Übermaßverbots gerade nicht (s.o. S.58 ff). Nach § 13 III Nr.1 LPrG findet daher ein einfacher Ausgleich öffentlicher Interessen statt: Das Gericht muß bei der Beschlagnahme das öffentliche Interesse an rechtzeitiger Unterrichtung der Allgemeinheit durch die Presse berücksichtigen.

---

42) Rebmann-Ott-Storz § 13 Rdnr. 13

43) so Rebmann-Ott-Storz § 13 Rdnr. 16; anders aaO Rdnr. 20

(3) § 13 III Nr.1 LPrG verkörpert also systematisch keinen Fall der Verhältnismäßigkeit. Der Richter hat lediglich die öffentlich-rechtlichen Auswirkungen der Beschlagnahme gegeneinander abzuwägen. Diese Interessenabwägung und das Übermaßverbot können jedoch ineinander übergehen. Da die Belange der Allgemeinheit eng mit dem Grundrecht der Pressefreiheit verflochten sind, wird bei überwiegendem Informationsinteresse der Öffentlichkeit zugleich das Recht des Verlags verletzt sein, Nachrichten zu verbreiten und Meinungen zu bilden. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hängt deshalb davon ab, ob das Gericht eine Maßnahme in ihren Folgen für das öffentliche Interesse oder in ihrem Konflikt mit den Rechten des einzelnen Bürgers betrachtet.

d) Man könnte sich fragen , ob sich das Übermaßverbot - auf den persönlichen Rechtskreis des einzelnen ausgerichtet - weitergehend nur auf Eingriffe in Grundrechte begrenzen ließe.

aa) Verwaltungsrecht und Polizeirecht haben diese Einschränkung nicht vorgenommen.[44] Nach Ansicht Lerches entfaltet sich das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwar stärker bei Eingriffen im Grundrechtsbereich, wenn das hohe Rechtsgut und die strengen Voraussetzungen der Maßnahme besondere Sorgfalt verlangen. Dennoch sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip begrifflich nicht auf Eingriffe in Grundrechte begrenzt.

Das Schrifttum im Strafprozeßrecht ordnet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in ähnlich weitem Umfang ein. Der „Schaden" eines Eingriffs dürfe nicht außer Verhältnis zum „beabsichtigten Erfolg" stehen;[45] der Maßstab der Verhältnismäßigkeit bewerte die „nachteiligen Folgen" des Eingriffs für den betroffenen Bürger in persönlicher, familiärer, beruflicher und wirtschaftlicher Hinsicht.[46]

---

44) Lerche S.98, 158; Reiff § 5 Anm III, BGHZ 12, 2o6; vgl a. von Krauss S. 39 ff, der das Übermaßverbot selbst als Grundrecht ansieht!

45) KMR (Müller) § 94 Vorb 4 b

46) Peters „Gutachten" S. 141; Rebmann-Ott-Storz § 13 Rdnr 18

Alle rechtlichen und materiellen Interessen scheinen danach unbeschränkt abwägungsfähig.

bb) Das BVerfG sieht demgegenüber das Übermaßverbot in engster Beziehung zu den Grundrechten. Der allgemeine Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebe sich letztlich „aus dem Wesen der Grundrechte selbst", als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs.[47] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sei beachtlich bei jedem Eingriff in die „grundrechtlich geschützte Lebenssphäre", so bei Art 2 I GG, 13 GG, 5 I 2 GG.[48] Die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit nach Art 2 II GG gebiete, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten.[49] Das Gericht weist beim Entzug der Verteidigungsbefugnis auf den Eingriff in die Berufsausübung nach Art 12 I GG hin.[50]

Die Entscheidungen anderer Gerichte berufen sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerade in Verbindung mit „Eingriffen in die Menschenwürde und in die freie Entfaltung der Persönlichkeit".[51] Das Prinzip wird bedeutsam bei Maßnahmen, welche die grundrechtlich geschützte Intimsphäre eines Verfahrensbeteiligten verletzen.[52]

cc) Im Strafprozeß ist es deshalb vertretbar und richtig, das Verhältnismäßigkeitsprinzip methodisch auf ein gewisses abstraktes Gewicht des angegriffenen Persönlichkeitsinteresses einzugrenzen.

(1) Im Strafverfahren gilt anders als im Polizeirecht grundsätzlich nicht das Opportunitätsprinzip, sondern der Verfolgungszwang. Dieser Grundpfeiler rechtsstaatlicher Strafverfolgung geht aus vom Gedanken der Legalität[53] und formaler Gleichheit „ohne Ansehen der Person". Wenn die

---

47) BVerfG JZ 66, 147

48) BVerfG NJW 66, 1603 (1607);15,78

49) BVerfG 16, 201; 17, 117; NJW 66, 772

50) BVerfG MDR 63, 469

51) vgl LG Stuttgart JZ 65, 687; auch OLG Celle NJW 65, 363

52) BGH 19, 325 ff

53) s.E. Schmidt § 112 Rdnr 21

Staatsanwaltschaft das öffentliche Interesse an der Verfolgung bejaht, §§ 152, 160 StPO, so verkörpert das Strafverfahren ein bedeutendes Rechtsgut, das regelmäßig schwerer wiegt als das öffentliche Interesse an der Beseitigung bloßer Polizeiwidrigkeiten oder Störungen der guten Ordnung. Der Prozeß soll die Idee der Gerechtigkeit und Rechtsbewährung verwirklichen. Trotz der Ausdehnung des materiellen Strafrechts[54] enthalten verfolgungsbedürftige Straftaten im allgemeinen gewichtigere Angriffe auf die menschliche Gemeinschaft als das bei bloßen Ordnungswidrigkeiten des Verwaltungsrechts der Fall ist. Das Legalitätsprinzip beschneidet den Ermessenspielraum der Ermittlungsbehörden im Prozeß;[55] der Verfolgungszwang steht auch in einem besonderen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl o. S. 59 ff).

(2) Wie Henkel [56] richtig ausführt, bestimmt sich das Ausmaß der möglichen und beachtlichen Individualisierung nach dem Stoff des jeweiligen Rechtsgebiets. Das gilt auch für die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Strafverfahren. Eine Prozeßordnung ist notwendig spröde und starr. Sie neigt nach ihrem Inhalt zum Allgemeinen; ihr innerer Aufbau und ihre strenge Gliederung widerstreben grundsätzlich der Einzelfallbetrachtung. Das Verfahren soll möglichst weitgehend überschaubar und bestimmt bleiben. Es darf von dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit deshalb nur vorsichtig und in begrenztem Umfang durchdrungen werden.

(3) Diese Besonderheiten des Strafprozesses erfordern es, das Übermaßverbot nur bei gewichtigen Interessenkonflikten anzuwenden: wenn die Erforschung der materiellen Wahrheit in den Grundrechtsbereich der Verfahrensbeteiligten eingreift. Privatinteressen von geringerem Gewicht können die Verhältnismäßigkeitsabwägung nicht begründen. Die Maßnahme,

---

[54] vgl dazu Sarstedt F 9 ff; Peters „Gutachten" S. 123

[55] so BVerfG 9, 223 (228); Schwarz-Kleinknecht § 111a Anm 4

[56] Henkel „Individualität" S. 23, 74 ff

die den Beschuldigten nur in seinem Vermögen trifft[57] oder bloße subjektiv öffentliche Rechtsstellungen oder Reflexrechte, rein prozessuale Rechte oder Möglichkeiten verletzt, wiegt nicht übermäßig schwer gegenüber dem Erfordernis der Strafverfolgung. Art 19 II GG bestätigt diese Begrenzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf Grundrechtseingriffe.

dd) Die dogmatische Beschränkung des Übermaßverbots entspricht der tatsächlichen Handhabung des Prinzips in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH. Die Verengung des Schutzbereichs der Persönlichkeit auf Grundrechte wirkt nicht gekünstelt und genügt der Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren.

(1) Schwierigkeiten können bei der Frage entstehen, wie weit die wirtschaftlichen Interessen und die Höhe des wirtschaftlichen Schadens bei einer Maßnahme der Strafverfolgung zu berücksichtigen sind. So bewerten Rebmann-Ott-Storz[58] grundsätzlich jeden Vermögensschaden eines Verfahrensbeteiligten; sie grenzen jedoch diesen Ausgangspunkt bei Eingriffen in das Unternehmen des Beschuldigten wieder ein. Wer wertvolle Gegenstände zur Begehung einer Straftat benütze, könne sich auf ihre wirtschaftliche Bedeutung bei einer Beschlagnahme nicht berufen.[59]

(2) Diese Überlegung ist für Maßnahmen im Strafprozeß unbrauchbar. Sie unterstellt den erst noch zu beweisenden Mißbrauch der Vermögenswerte und widerspricht damit der Unschuldsvermutung, Art 6 II MRK.

Wirtschaftliche Interessen können deshalb nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur einheitlich berücksichtigt werden - nach der hier vertretenen Ansicht, soweit sie in den Grundrechten verkörpert sind. So schützen Art 12, 14 GG

---

57) soweit es nicht durch die Eigentumsgarantie des Art 14GG geschützt ist, vgl BVerfG 4, 8

58) Rebmann-Ott-Storz § 13 Rdnr 18; ebenso Peters „Gutachten" S. 141

59) Rebmann-Ott-Storz aaO; Schönke-Schröder § 40 Rdnr 1o, 17 mit weiteren Nachweisen

vor Eingriffen in das Eigentum und in Forderungen, vor einschneidender Behinderung in der Berufsausübung oder der Lahmlegung eines Geschäftsbetriebs.[60] In diesen Fällen kann das Ausmaß des Vermögensverlusts, auch der infolge der Maßnahme entgangene Gewinn berücksichtigt werden. Der entstehende Vermögensschaden unterstreicht den Eingriff in die Grundrechte.

Materielle Nachteile müssen deshalb im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden. Sie sollten aber keine entscheidende Bedeutung erlangen. Wirtschaftliche und finanzielle Macht darf besonders im Strafverfahren nicht zu sozial ungerechtfertigten Wertungen führen.

e) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach auf Eingriffe der Strafverfolgung in die Grundrechte des Bürgers beschränkt. Diese Abgrenzung vermeidet allgemeine Begriffe wie „Schaden", „Nachteil" oder „Vermögenseinbuße". Die bewertungsfähigen Rechtsgüter sind abschließend im Grundrechtskatalog festgelegt. Die richterliche Interessenabwägung wird dadurch formal beschränkt zugunsten eines griffigen und anschaulichen Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Z u s a m m e n f a s s u n g IV:

1.) Das Strafverfahrensrecht übernimmt das Übermaßverbot in seiner grundsätzlichen, aus dem Verwaltungsrecht überkommenen Zielrichtung. Das Prinzip stimmt Mittel und Zweck hoheitlichen Handelns aufeinander ab. Bei präventiven Sicherungsmaßnahmen zeigt sich jedoch die Rückbezogenheit des Strafprozeßrechts: Der Anlaß muß den Eingriff rechtfertigen können. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit umfaßt daher auch die Schwere der Straftat, die eine strafprozessuale Maßnahme ausgelöst hat. Der Eingriff soll tatangemessen sein - ungeachtet des Sicherungszwecks, den er verfolgt. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit setzt die

---

60) s.BVerfG MDR 63, 469; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 5a

verfahrensrechtlichen Mindestvoraussetzungen bei Präventiv=maßnahmen fest; es ist Ausdruck strafprozessualer Mäßigung und Selbstbeschränkung.

2.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist kein all=gemeines, überindividuelles Maßprinzip des Strafprozeßrechts. Er berechtigt nicht schlechthin zu „angemessenen Eingriffen" trotz fehlenden Gesetzes. Das Übermaßverbot dient vielmehr der Kontrolle des Richters gegenüber sonst zulässigen Maß=nahmen. Das Prinzip ist eine Ausprägung des Grundrechts=schutzes, wie seine Grundlage in Art 19 II GG zeigt. Die Verhältnismäßigkeit beschneidet nicht das subjektive Recht des Bürgers auf gesetzmäßige Eingriffe im Strafprozeß, sondern ergänzt es durch materielle Wertung. Das rechtsstaatliche Verfahren kennt keinen allgemeinen Grundsatz des rechten Mittels zum rechten Zweck.

3.) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit schirmt die Rechts=sphäre des einzelnen Bürgers ab. Das Übermaßverbot gilt deshalb nicht bei Eingriffen der Strafverfolgung in Güter der Allgemeinheit; es stimmt keine Interessen der Öffent=lichkeit mit den Belangen des Strafprozesses ab.

Die angegriffenen Individualwerte des Beschuldigten lösen nur dann das Verhältnismäßigkeitsurteil aus, wenn sie in Grundrechten wurzeln. Das verlangt der Einfluß des Legalitätsprinzips und die Bedeutung der richterlichen Wahrheitsfindung. Die Strafverfolgung soll die staatliche Gerechtigkeit verwirklichen; das Gericht muß nur dort die Gesetzmäßigkeit der Prozeßordnung zugunsten des Be=schuldigten durchbrechen, wo eine Maßnahme in Grundrechte eingreift. In diesem Rahmen sind auch wirtschaftliche Einbußen beachtlich. Das Ausmaß des Vermögensschadens darf aber keine entscheidende Rolle spielen.

Die formale Beschränkung des Übermaßverbots auf Grundrechts=verletzungen fördert die Klarheit des Prinzips und erleichtert seine Handhabung.

Dritter Teil:

Einzelfragen

I.) Gleichheit und Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könnte im Strafverfahren Bedenken erregen, weil seine Anwendung zu Spannungen mit dem Gebot der Gleichbehandlung führte. Es ist deshalb zu untersuchen, wieweit das Übermaßverbot im Strafprozeß dem Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz zuwiderläuft. Was bedeutet das Gebot der „Gleichbehandlung" im Verfahren, das Erfordernis, daß der Staat jede Straftat „ohne Ansehen der Person" verfolgen muß? Läßt sich der gesetzliche, abstrakt-formale Begriff der Gleichheit mit materieller Wertung durchdringen, ohne daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu einer ungleichen und deshalb ungerechten Strafverfolgung führt?

A) Die Situation im Verfassungs- und Verwaltungsrecht

a) Nach Meinung Leibholz[1] ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des BVerfG[2] dem Gleichheitsgrundsatz „immanent". Dieser Hinweis gilt für die Entscheidungen des Gerichts, die das Gebot „verhältnismäßiger Gleichbehandlung" aufstellen.[3] Der individualisierende Gleichheitsbegriff fordere, daß ungleiche Sachverhalte ungleich behandelt würden. Ein Gesetz, das nach seinem Wortlaut eine ungleiche Behandlung vermeide, könne dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen, wenn seine praktischen Auswirkungen eine offenbare Ungleichheit ergäben. Nicht die äußere, abstrakt-allgemeine Form des Gesetzes sei für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung maßgeblich, sondern sein materieller Gehalt.[4] Die Natur des regelungsbedürftigen Sachverhalts entscheide darüber, wann der Gleichheits-

---

1) Leibholz-Rinck, Art 3 GG Anm 19
2) BVerfG 10, 117; 6, 94; 3,399
3) BVerfG 8, 51 (65 ff)
4) BVerfG 8, 64; 6, 91; 3, 135; 1,276

grundsatz „streng formal" oder aber im Sinn „verhältnismäßiger Gleichheit" zu verstehen sei.[5)]

Von Krauss[6)] sieht das Wesen des Verhältnismäßigkeitsbegriffs in „weitgehender Übereinstimmung" und „Verwandtschaft" zum Gleichheitsgrundsatz. Schütze das Gleichheitsprinzipg vor ungleichmäßiger Belastung im Verhältnis zu anderen, gleichgelagerten Tatbeständen, so vermeide das Recht auf Verhältnismäßigkeit die übermäßige Belastung im Hinblick auf das Erfordernis des konkreten Falls.

b) Lerche[7)] arbeitet diesen Unterschied zwischen dem Verhältnismäßigkeits- und dem Gleichheitssatz noch schärfer hervor. Auch er betont die verschiedenen Anknüpfungspunkte des „Sachgemäßen" und „Angemessenen" in den beiden Rechtsbegriffen.[8)] Bei seiner Prüfung, ob sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Auswirkung des Gleichheitsgebots verstehen lasse, sieht er eine Verbindung der beiden Verfassungsprinzipien nur noch „in der allgemeinsten Vorstellung eines ‚Gleich'-Gewichts", dem „dunklen Ursprung" beider Angemessenheitsbegriffe. Die „strukturelle Verschiedenheit" dieser beiden, sich mitunter kreuzenden Erscheinungen sei besonders klar in ihren unterschiedlichen rechtlichen Tendenzen erkennbar.[9)] Während sich der Gleichheitsbegriff zur egalitären Gleichschaltung vergröbere und nach Verbindung strebe, arbeite das Prinzip der Verhältnismäßigkeit individualisierend und isolierend. Es neige dazu, einen Stoff zu verselbständigen. Lerche erkennt daher aus der Sicht des Gesetzgebers tiefgreifende Spannungen zwischen den beiden Grundsätzen, nur auflösbar in einem widerstreitenden „Nebeneinander, ja Gegeneinander" der Rechtssätze.

---

5) vgl BVerfG 8, 69 - Gebot der Gleichbehandlung im Wahlrecht und im Steuerrecht, vgl Art 134 WV.

6) von Krauss S. 39, 70

7) Lerche S. 28 ff, 52 ff

8) Lerche S.30 mit Robinso-Crusoe-Beispiel: Ein Mann auf einer einsamen Insel könne von einer gedachten Staatsgewalt zwar unverhältnismäßig, nicht aber gleich oder ungleich behandelt werden.

9) Lerche S. 52

B) Das Gleichheitsprinzip im Strafverfahren

a) Wie Lerche zutreffend herausgearbeitet hat, unterscheiden sich Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitsgebot inhaltlich und in ihrem Aufbau. Das zeigt sich auch im Strafverfahren. Der egalitär-demokratische Gedanke der Gleichheit widerstrebt der abstufenden Idee der Verhältnismäßigkeit. Das Legalitätsprinzip, ein wesentlicher Grundsatz rechtsstaatlicher Strafverfolgung[10] und Ausdruck einheitlicher und gleichmäßiger Rechtsanwendung, steht in einem Spannungsverhältnis zum Verbot des Übermasses.[11] Der staatliche Strafanspruch kann wegen des Übels, das seine Durchführung für den Beschuldigten mit sich bringt, im Einzelfall nicht verwirklicht werden.

Das Problem, Gleichheit und Verhältnismäßigkeit miteinander zu vereinbaren, stellt sich im Strafverfahren deshalb nicht nur hinsichtlich der - richtigen - dogmatischen Unterscheidung. Ob man den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit dem Gebot der Gleichbehandlung abstimmen kann, hängt vielmehr davon ab, wieweit sich der Strafprozeß individualisierender Gestaltung öffnet (s.oben S.59, 106). Dürfen zwei strafprozessuale Tatbestände bei verhältnismäßiger und unverhältnismäßiger Mittel-Zweck-Beziehung verschieden und damit nach dem individualisierenden Gleichbegriff[12] „gleich" behandelt werden? Ist bei der Anwendung des Übermaßverbots auf strafprozessuale Maßnahmen die Gleichbehandlung im Verhältnis der Bürger untereinander noch gewährleistet? Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, welchen Einfluß die Schwere der Straftat und die Rechtsgüter des Beschuldigten auf die Durchführung eines Strafverfahrens nehmen.

---

[10] Henkel S. 110; Schwarz-Kleinknecht § 152 Anm 2

[11] E.Schmidt § 112 Rdnr 21

[12] vgl a. Henkel „Individualität" S. 14

b) Der Grundsatz der Gleichbehandlung kann von der materiellen Schwere des verfolgten Delikts abhängen. Das Opportunitätsprinzip nach §§ 153 ff StPO durchbricht den Verfolgungszwang bei geringfügigen Strafsachen. Hier ist die starre Bewährung des Rechts angesichts anderer gewichtiger Gemeinschaftsbelange unzweckmäßig und nicht erforderlich. Wie Sax[13] richtig betont, verstößt die Einstellung des Verfahrens bei solchen Delikten nicht gegen den Gleichheitssatz, Art 3 I GG. Materiell gleichmäßige[14] Strafverfolgung hängt davon ab, wie schwer eine Straftat und ihre Ahndung für die Allgemeinheit wiegt. Die §§ 153 ff StPO legen das „Ob" der Strafverfolgung deshalb wertend und nicht nur in schematischer Gleichheit fest.

Auch das „Wie" der Strafverfolgung ist gesetzlich zugunsten der Rechtsgüter des Beschuldigten und der sonstigen Verfahrensbeteiligten beschränkt. Bestimmte Berufe haben eine Geheimhaltungspflicht, die auch das Strafverfahren anerkennt; enge Verwandte des Beschuldigten können bei ihrer Vernehmung das Zeugnis verweigern, §§ 52, 53 ff StPO. Die Ermittlungsorgane dürfen eine Straftat nicht unter Verletzung der Menschenwürde durch Mißhandlung, Quälerei oder Täuschung aufzuklären suchen, § 136a StPO. Eine Erforschung der Wahrheit um jeden Preis ist kein Grundsatz der StPO.[15]

c) Das Legalitätsprinzip kann deshalb die Strafverfolgungsorgane nicht dazu verpflichten, einen Beschuldigten auch unter übermäßig schwerer Verletzung seiner Rechte zu überführen. Das Gebot der Gleichbehandlung gestattet nicht nur, den unverhältnismäßigen Eingriff zu unterlassen; es fordert sogar,[16] den Beschuldigten nicht mit derart schweren Eingriffen zu belasten.

---

13) KMR (Sax) Einl 3 II c; s.a. Sax JZ 65,3

14) vgl a. Tiedemann GA 64, 353 (354,355), der die formale Gleichheitskonzeption im Strafrecht durch die Idee konkret wertender, die sozialen und gesellschaftlichen Ungleichheiten berücksichtigender Gleichheit ersetzen will.

15) BGH 14, 358 (364)

16) vgl KMR (Sax) Einl 3 II c

aa) Die Beziehung zwischen Mittel und Zweck bestimmt und prägt die Wesensart vergleichbarer Sachverhalte, die der Anordnung einer prozessualen Maßnahme zugrunde liegen. Ein Eingriff wird bei innerer Ausgewogenheit der Wertung des abstrakten Gesetzes entsprechen; er löst sich von ihr bei übermäßigem Konflikt mit den Grundrechten eines Verfahrensbeteiligten. Maßnahmen mit verhältnismäßiger und unverhältnismäßiger Zweck-Mittel-Beziehung weichen erheblich voneinander ab. Das Gericht darf im Strafprozeß keine übermäßigen Eingriffe vornehmen, auch wenn sie äußerlich im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut stehen. Der Gleichheitssatz geht nicht im Gesetzmäßigkeitsprinzip auf.[17] Der Gedanke materieller Gleichheit und Gerechtigkeit verpflichtet bei strafprozessualen Maßnahmen zu verhältnismäßiger Ungleichbehandlung. Wenn der Beschuldigte nur eines geringfügigen Vergehens nach § 23 GmbHG angeklagt ist, braucht er - anders als bei einem schweren Verbrechen - keine Liquorentnahme nach § 81 a StPO zu dulden.[18] Diese Sonderbehandlung entspricht auch dem Gleichheitsgebot.

bb) Das Legalitätsprinzip als Ausdruck formaler und starrer Gleichheit nach §§ 152 II, 160 StPO wird daher von sachlicher Wertung und Abwägung im Einzelfall durchdrungen.[19] Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht nicht der Pflicht, ein Verfahren „gleichmäßig" einzuleiten und durchzuführen. Die Gleichheit einer Maßnahme bemißt sich jedoch nicht nur formal nach dem Beschuldigten oder Zeugen als der einzelnen gesetzesunterworfenen Person, sondern auch nach der Bedeutung der Strafsache und dem verletzten Rechtsgut.

Die Strafverfolgungsbehörden müssen bei der Anordnung einer Maßnahme diese Gegebenheiten berücksichtigen. Das Verbot des Übermaßes und das Prinzip der Gleichbehandlung lassen sich im Strafverfahren aufeinander abstimmen.

---

17) Schaumann JZ 66, 721 (722)

18) vgl BVerfG 16, 200

19) krit. E. Schmidt § 112 Rdnr 21

Die beiden Grundsätze müssen trotz ihres unterschiedlichen Aufbaus und Inhalts in enger Verbindung miteinander gesehen werden.

Z u s a m m e n f a s s u n g I:

1.) Verhältnismäßigkeit und Gleichheit sind nach Art und Aufbau eigenständige Begriffe. Ihre Wertungen können sich aber überschneiden; das individualisierende Gleichheitsprinzip berücksichtigt wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Eigenarten des einzelnen Falls.

2.) Das Gericht muß im Strafverfahren die tatsächlichen Auswirkungen einer Maßnahme auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten und die Bedeutung der Strafsache beachten, vgl §§ 153 ff, 136a StPO. Bei strafprozessualen Eingriffen gilt deshalb kein formaler, sondern ein materiell-wertender Gleichheitsbegriff. Das Legalitätsprinzip wird mittelbar durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt. Der formale Begriff einheitlicher, gerechter Strafverfolgung durchsetzt sich mit sachlicher Wertung. Gesetzmäßige Behandlung bedeutet nicht notwendig „gleiche" Behandlung. Sachverhalte mit unverhältnismäßiger Zweck-Mittel-Beziehung fallen aus dem gesetzlichen Rahmen; sie müssen bei einem Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit ungleich, d.h. anders als nach dem abstrakten Gesetz geregelt werden.

II.) Das Übermaßverbot als Maßnahmehindernis

A) Der Ausschlußgrund

a) Untersuchungshaft darf nach dem Gesetz nicht angeordnet werden, wenn sie „außer Verhältnis zur Schwere der Straftat steht", § 112 I 2 StPO; ein Haftbefehl ist aufzuheben, sobald sich seine Unverhältnismäßigkeit „ergibt", § 120 I 1 StPO.

aa) Kleinknecht ordnet den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit daher entsprechend dem gesetzlichen Wortlaut als „negative Haftvoraussetzung" ein.[1] Er bezeichnet das Übermaßverbot als Ausschlußgrund und Maßnahmehinderungsgrund.[2]

Dünnebier[3] rügt die umständliche Fassung der Norm; sie stelle klar, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keine Wertung „in dubio pro reo" kenne. Gehe man davon aus, daß diese Regel lediglich auf Tatsachenfeststellungen Anwendung finde, so werde die negative Form der Vorschrift bedeutungslos und verschleiere, daß die Verhältnismäßigkeit richtigerweise Haftvoraussetzung sei.[4] Auch E. Schmidt[5] bezweifelt eine Ausprägung des Prinzips als Eingriffshindernis. Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme müsse nach der Rechtsprechung des BVerfG wohl positiv gegeben sein. § 112 I 2 StPO sei gegenüber den Regierungsentwürfen 1960 und 1962 abgeändert. Das Gericht dürfe den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht erst beachten, wenn die Unverhältnismäßigkeit „ohne weiteres", also offensichtlich feststehe.[6] Der Haftrichter müsse

---

1) Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 1 B; Kleinknecht MDR 65, 781; JZ 65, 114

2) ebenso KMR (Müller) §§ 112 Anm 8a; 120 Anm 1 b; Hengsberger JZ 66, 210; Creifelds NJW 65, 949

3) Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 112 Anm 15 (Ergänzung)

4) s.a. BVerfG NJW 60, 1243; Baumann JZ 62, 651; Kanka MDR 65, 245

5) E.Schmidt § 112 Rdnr 10, 6a (Nachtrag)

6) so BReg-Entwurf Drucks IV 178/1962, Begründung II (Übersicht), IV

vielmehr schon Zweifeln am Vorliegen der Verhältnismäßigkeit nachgehen und bei ungeklärtem Sachverhalt zugunsten des Beschuldigten von einer Verhaftung absehen.

bb) Die Fassung der §§ 112 I 2, 120 StPO spricht dafür, das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Maßnahmehindernis und Ausschlußgrund aufzufassen. Die Anordnung der Haft setzt nach dem klaren Wortlaut gerade keine positiv festgestellte Verhältnismäßigkeit der Maßnahme voraus - anders etwa als bei der Anwendung des Proportionalitätsprinzips in den §§ 224, 904 BGB oder § 193 StGB.[7] Das Übermaß einer Verhaftung muß feststehen, ähnlich wie die Unzumutbarkeit eines körperlichen Eingriffs nach § 81 c I 3 StPO.

Im einzelnen ist zu unterscheiden:

(1) Der Grundsatz „in dubio pro reo" oder „in dubio mitius" findet keine Anwendung auf Sachverhaltsfeststellungen im Ermittlungsverfahren. Ein Verdacht kann sich naturgemäß als unrichtig, geringfügiger oder jedenfalls nicht nachweisbar herausstellen. Der Ausgang eines Strafprozesses ist deshalb selten „sine dubio".[8] Die Strafverfolgungsorgane dürfen von einer Maßnahme nicht schon absehen, weil Bedenken an ihrer Angemessenheit bestehen. Der Rechtsgrundsatz „im Zweifel zugunsten des Angeklagten" unterstellt keine Voraussetzungen einer prozessualen Ausnahmeregelung.[9]

(2) Bei ungeklärtem Sachverhalt und deshalb noch bestehenden Zweifeln an der Wertung braucht der Haftrichter keine weitergehenden Ermittlungen anzustellen, die erst ein sicheres Urteil ermöglichen könnten.[10] Für das Verhältnismäßigkeitsurteil genügt eine „grobe Vorausschau".[11]

---

7) Schwarz-Dreher § 193 Anm 5; 5 A c; K G NJW 56, 27

8) Hengsberger JZ 66, 209 (210)

9) Schwarz-Kleinknecht § 261 Anm 8 B b

10) so richtig Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 112 Anm 15 (Ergänzung)

11) Hengsberger JZ 66, 209 (210); Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 3 B

Die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme muß nicht positiv feststehen; das Gericht darf einen Haftbefehl erlassen, der möglicherweise unverhältnismäßig ist oder dessen Übermaß sogar nahe liegt, vgl § 114 III StPO. Die Maßnahme muß erst unterbleiben, wenn das Mißverhältnis zwischen der Anordnung der Haft und der Bedeutung der Strafsache sicher feststeht.

(3) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach § 112 I 2 StPO erfordert jedoch nicht, daß das Übermaß eines Eingriffs offensichtlich ist, wie noch in den Regierungsentwürfen oder auch in § 13 III 2 LPrG formuliert. Das - festgestellte - Mißverhältnis braucht nicht „klar zutage liegen".[12] Es genügt, wenn das Gericht aus dem zugrundeliegenden Sachverhalt das Übermaß des Eingriffs erkennen kann, sei es auch erst bei näherer Überprüfung.

Die Gestaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Ausschlußgrund läßt die richterliche Prüfungspflicht unberührt.[13] Das Gericht muß zwar den Sachverhalt nicht weiter aufklären und kann nach Lage der Akten entscheiden. Es hat aber die vorhandenen Ermittlungsergebnisse stets auf Anhaltspunkte für eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchzusehen. Das nur will die geänderte Fassung des § 112 I 2 StPO gegenüber den Regierungsentwürfen klarstellen.[14] Die Prüfungspflicht des Gerichts in § 112 I 2 StPO ist insoweit dem § 120 I 1 StPO angenähert worden. Die grundsätzliche Anlage der Vorschrift als Ausschlußgrund hat das StPÄG jedoch entgegen der Ansicht E.Schmidts beibehalten.[15]

---

12) Hengsberger aaO

13) KMR (Müller) § 112 Anm 8a; Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 3 B; Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 114 Rdnr 7 (Ergänzung)

14) vgl BReg-Entwurf Drucks IV (178) 1962 Begründung II; unklar IV

15) E.Schmidt § 112 Rdnr 10 (Nachtrag)

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt in dieser Weise als negative Eingriffsvoraussetzung nicht nur im Haftrecht, sondern auch bei den sonstigen Maßnahmen im Strafprozeß. Auch der übergesetzliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist als Maßnahmehindernis zu verstehen, das bei Beschlagnahme, Durchsuchung oder körperlicher Untersuchung nur dann Beachtung findet, wenn der Eingriff tatsächlich übermäßig schwer wiegt. Rechtsprechung und Schrifttum formulieren daher ungenau, soweit sie das Übermaßverbot unter die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Maßnahme einreihen. Der Satz, ein Eingriff solle nur erfolgen, wenn er zur Sache in einem angemessenen Verhältnis stehe,[16] kann zu Mißverständnissen Anlaß geben. Die vereinfachte Formulierung darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß ein „non liquet" der Verhältnismäßigkeitsprüfung stets zu Lasten des Beschuldigten geht. Eine „Präponderanz der Freiheit" kann es entgegen der Meinung Rupps[17] bei der Anwendung des Übermaßverbots im Strafverfahren nicht geben.

aa) Diese notwendige Beschränkung des Verhältnismäßigkeitsprinzips läßt sich auch aus seiner Stellung gegenüber dem strafprozessualen Gesetz erklären.

(1) Die formell ordnungsgemäß erlassene Norm trägt nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG[18] die Vermutung

---

16) Peters „Gutachten" S. 14o; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b (2); (Sax) § 81 a Anm 2 b

17) Rupp S. 194

18) BVerfG 2, 266 (268); 296 (340); 8,71 (77); 9,338 (350); 11,77 (83); 12, 45 (61); 14, 56 (72); 15, 121 (125); Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 63; Wolff S. 124; Enneccerus-Nipperdey § 51 II 4 c; a.A. Michel JuS 61, 274; Burmeister S. 95 ff; krit. auch Bachof I 2 A 2, der den Ausdruck Vermutung als wenig glücklich bezeichnet, im übrigen aber eine „hohe Wahrscheinlichkeit" für die Verfassungsmäßigkeit eines parlamentarisch beschlossenen Gesetzes anerkennt. Wenn sich Für und Wider bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit die Waage hielten, sei die Gültigkeit der Norm im Zweifel zu bejahen („broad interpretation").

der Verfassungsmäßigkeit und Gültigkeit in sich; sie ist deshalb auch vermutet verhältnismäßig. Die Wertungen des Gesetzgebers gelten als richtig, solange sie nicht entkräftet sind.[19] Beim Interessenwiderstreit im Einzelfall hat das Gericht daher die gesetzmässige strafprozessuale Maßnahme zunächst als verhältnismäßig anzusehen.[20] Die Strafverfolgungsorgane müssen erst dann von einem Eingriff absehen, wenn sich das Übermaß aus der konkreten Sachlage erweist.

(2) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist deshalb verbunden und angeschlossen an die gesetzliche Regelung. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit geht aus von der abstrakten Wertung der Norm, die zunächst über die Zulässigkeit einer strafprozessualen Maßnahme entscheidet. Die Methode der offenen Interessenabwägung[21] verkennt diesen Einfluß des Gesetzes auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip; sie kommt deshalb zu dem unrichtigen Ergebnis, auch die gesetzmäßig vorgehenden Strafverfolgungsorgane müßten bei der Abwägung in Zweifelsfällen den Satz „in dubio pro libertate" beachten.[22]

---

19) Lerche S. 332, 333

20) Dieser Ausgangspunkt bleibt unberührt davon, ob der Wertung des Grundsatzes ein engerer oder weiterer Anwendungsbreich zusteht. Eine Maßnahme gilt nicht nur auf dem gesetzlich klar abgegrenzten Gebiet des Haftrechts zunächst als angemessen, vgl §§ 113, 121 StPO (KMR (Müller) § 112 Anm 1 c). Auch dort, wo sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip als abgeschwächtes generelles Maßnahmeverbot auszuwirken scheint - etwa bei Eingriffen in die Intimsphäre, Liquorentnahme und Hirnkammerluftfüllung - oder wo es nach Art einer Übergangsregelung weithin selbständig die Beziehungen zwischen Grundrecht und strafprozessualer Maßnahme ordnet-bei Eingriffen in die Pressefreiheit- gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit richtigerweise nur als Ausschlußgrund.

21) vgl OLG Celle NJW 63, 406; 65, 362; LG Stuttgart JZ 65, 687; (s.o.S 61 ff)

22) vgl von Hippel NJW 67, 541

bb) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Eingriffen in die Intimsphäre hat im Schrifttum weithin Widerspruch und Bedenken erregt. Vor allem die Praxis[23] hat an der Entscheidung des BGH 19, 325 ff gerügt, eine solche Abwägung müsse im Ermittlungsverfahren zu gefährlicher Rechtsunsicherheit führen und könne die Entschlußkraft der Strafverfolgungsbehörden weitgehend lähmen. Diese Kritik ist nicht zuletzt in der Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes begründet, der - als reines Maßprinzip - nach dem Urteil des BGH den Eingriff in den menschlichen Persönlichkeitsbereich erst zu rechtfertigen vermag (s.o. S.100). Wo die Verhältnismäßigkeit eingriffsbegründend wirkt und damit positive Voraussetzung einer Maßnahme ist, ergeben sich Schwierigkeiten in der tatsächlichen Handhabung des Prinzips.[24]

Die Nöte und Bedenken der Praxis lassen sich jedoch weitgehend verringern, wenn man den Anwendungsbereich des Übermaßverbots begrenzt und den Grundsatz auch im Bereich der Intimsphäre nur als Ausschlußgrund und Maßnahmehindernis formt.[25] Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit soll Mißverhältnisse unterbinden, nicht schon deren Möglichkeit: Der Ermittlungsbeamte muß nur dann von der Beschlagnahme eines Tonbands oder Tagebuchs absehen, wenn er die Unverhältnismäßigkeit des gesetzmäßigen[26] Eingriffs positiv feststellt.

---

23) Händel NJW 64, 1140; Nüse JR 66, 287; Goeschen „Vhdlgn d. 46. DJT" F 83

24) vgl E.Schmidt § 112 Rdnr 10 (Nachtrag)

25) richtig Kleinknecht „Vhdlgn d. 46 DJT" F 116; vgl a. Jescheck „Vhdlgn d. 46. DJT" F 170

26) Hier liegt wohl der grundlegende Fehler des BGH 19, 325 ff, soweit er auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verweist. Der BGH anerkennt zwar in der Verlesung des Tagebuchs durch das erkennende Gericht einen Eingriff in die Intimsphäre. Er beruft sich aber auf keine Norm, die diesen Eingriff überhaupt rechtfertigen könnte (s.u.S.146ff)

B) Verhältnismäßigkeit und strafverfolgungsfreier Raum
(Anhang: Das Frageverbot)

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zeigt sich auch dort als Ausschlußgrund, wo er neben gesetzliche Eingriffsverbote und Zeugnisverweigerungsrechte tritt. Das Übermaßverbot mißt die gefährdeten Individualwerte am ursprünglichen Strafverfolgungsinteresse, wie es sich in der Eingriffsnorm ausprägt, bei der Beschlagnahme also an § 94, nicht an § 97 StPO.[27)]

Das Beweiserhebungsverbot bei unverhältnismäßiger Maßnahme grenzt selbständig den Raum der Strafverfolgung ein und ergänzt die strafprozessualen Schranken über das Verfassungsrecht. Es entsteht kein homogenes, einheitliches Eingriffsverbot , sondern eine zweite, andersartige Sicherung der Grundrechte des Bürgers. Neben das Beweismittelverbot des § 97 StPO tritt ein Beweismethodenverbot.[28)]

b) Die Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als eigenständiges Maßnahmehindernis ist auch zu beachten, wenn man das in § 53 I 5 StPO unzulänglich geregelte Zeugnisverweigerungsrecht der Presse[29)] über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit erweitern wollte. Infolge des geschlossenen, auf der Grundlage der Garantenpflicht aufbauenden Systems des Gesetzes bieten sich nur geringe Ansätze für eine ausdehnende Interpretation.[30)] Das Gericht könnte jedoch der Bedeutung der Pressefreiheit dadurch genügen, daß es die überholte Regelung schon vor einer

---

27) vgl OLG Celle NJW 65, 362 (363)

28) s.OLG Celle NJW 63, 406; 65, 363; ungenau Schwarz-Kleinknecht § 97 Anm 1

29) vgl BVerfG 15, 79; 223;B-Rats-Entwurf Drucks 347/3/63; Klug„Vhdlgn d. 46.DJT"F 53; s.a. die Pressegesetze der Länder: § 12 BayLPrG (v.3.10.1949); § 18 LPrG Berlin (v.5.6.65); § 23 LPrG Bremen (v. 16.3.65); § 23 LPrG Ndsachsen (v. 22.3.65); § 23 LPrG Rhld-Pfalz (v. 14.6.65); § 23 LPrG Saar (v. 12.5.65); § 23 LPrG Schleswig-Holstein (v. 19.6.64).

30) s.BVerfG NJW 66, 1608; Möhl S.53

Gesetzesänderung durch ein stärker betontes Verhältnis= mäßigkeitsprinzip ergänzte.

aa) Unter Berufung auf den Grundsatz der Verhältnis= mäßigkeit begrenzt die Praxis die Verhängung der Beuge= haft bei Journalisten, die vor Gericht grundlos die Aus= sage verweigern, § 70 II StPO[31]. Dieses Vorgehen kuriert am Symptom, nicht an der Ursache des Übels. In der über= gesetzlichen Wertung schwingt jedoch das Anerkenntnis eines Zeugnisverweigerungsrechts mit, dessen Umfang über § 53 I 5 StPO hinausgeht.

bb) Richtig ist es daher, die Aussagepflicht der Presseangehörigen selbst über das Verhältnismäßigkeits= prinzip einzuengen. Das Schrifttum weist auf diese Lösung hin,[32] ohne aber die rechtliche Konstruktion aufzuzeigen. Auch hier muß das Übermaßverbot als Maßnahmehindernis für eigentlich zulässiges Vorgehen des Gerichts ausgeformt werden.

(1) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Zeugen zu vernehmen, §§ 244 II, 238, 57 ff StPO. Seine Fragen können das Pressegeheimnis beeinträchtigen und über die erzwungene Aussage des Zeugen aufdecken. Das immaterielle Rechtsgut der Pressefreiheit ermöglicht einen unkörperlichen, vergeistigten Eingriff, den die StPO unter dem Einfluß des Grundgesetzes als Rechtsverletzung anerkennen kann.[33] Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit beschneidet deshalb das Fragerecht des Richters und führt zu einem Frageverbot.[34]

(2) Dieses Frageverbot verkörpert nach Art und Wirkung einen eigenständigen, vom Gesetz losgelösten Ausschlußgrund des Übermaßes. Methodisch steht es unabhängig neben § 53 I 5 StPO, obwohl seine praktische Handhabung mit dem Zeug=

---

31) BVerfG 15, 225; Schwarz-Kleinknecht § 70 Anm 2; Kohlhaas NJW 58,44

32) Kohlhaas Arch für PrR 1963, 395 (398); Jescheck S.27

33) vgl ähnlich Evers S. 20,21

34) ebenso Klug S. 35 ff; „Vndlgn d. 46.DJT" F 55- aber über verfassungskonforme Auslegung und Analogie zu § 68 a StPO.

nisverweigerungsrecht verzahnt ist. Bei geringen Straftaten, etwa bei einfacher Bestechlichkeit nach § 331 StGB, darf das Gericht keine Fragen an den Zeugen stellen, auch wenn die Voraussetzungen des § 53 I 5 StPO fehlen.

Das Frageverbot unterscheidet sich von einer übergesetzlichen Interessenabwägung aus Art 5 I 2 GG.[35] Wie das BVerfG richtig feststellt, läßt sich § 53 I 5 StPO nicht durch ein unmittelbar aus Art 5 I 2 GG abgeleitetes Recht der Presse auf Wahrung des Redaktionsgeheimnisses ergänzen. Das Gericht würde mit dieser Abwägung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vorgreifen und den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen, Art 20 III GG. Als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist das Frageverbot deshalb darauf beschränkt, grobe, „unverhältnismäßige" Grundrechtsverletzungen abzuwehren und zu unterbinden, Art 19 II GG.

Z u s a m m e n f a s s u n g II:

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begründet ein Maßnahmehindernis nicht nur im Haftrecht, sondern für die ganze StPO. Der Grundsatz ist keine positive Voraussetzung prozessualer Akte; bei nicht geklärtem Sachverhalt spricht für den gesetzmäßigen Eingriff die Vermutung der Verhältnismäßigkeit.

Die Strafverfolgungsorgane brauchen deshalb keinen Eingriff zu unterlassen, wenn ein Mißverhältnis zu den verletzten Rechten des Beschuldigten nur möglicherweise vorliegt oder auch wahrscheinlich ist. Das Übermaß eines Eingriffs muß sicher feststehen. Der Grundsatz „in dubio pro reo" gilt nicht für die Voraussetzungen des Übermaßverbots im Strafverfahren. Das Gericht darf eine Maßnahme anordnen, obgleich Zweifel an ihrer Verhältnismäßigkeit bestehen.

---

35) so Möhl S. 102 ff

36) BVerfG NJW 66, 1614

Der Richter hat den Sachverhalt auf Anhaltspunkte für das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu überprüfen. Er braucht aber keine weitergehenden Ermittlungen anzustellen, um diese Frage abschließend zu klären.

2.) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit schließt an gesetzmäßige Maßnahmen an. Es erweitert den strafverfolgungsfreien Raum durch Beweismethodenverbote. Bei übermäßig schwerem Eingriff in das Redaktionsgeheimnis der Presse verkörpert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein Frageverbot und ergänzt dadurch das Zeugnisverweigerungsrecht in § 53 I 5 StPO.

III.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Auslegungsmaßstab

A) Auslegung am Wertmaßstab der Grundrechte

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein Bestandteil des heutigen Verfassungsrechts. Das Gericht kann deshalb die Gültigkeit eines Gesetzes am Maßstab der Verhältnismäßigkeit überprüfen.[1] So untersucht Baumann[2] im Bereich des Strafverfahrens, wie weit sich mit dem Proportionalitätsprinzip eine Norm vereinbaren läßt, die einen Haftgrund der „Erregung der Bevölkerung über eine schwere Straftat" festlegt. Das BVerfG hat zum Haftrecht in zwei bedeutsamen Entscheidungen weiter Stellung genommen;[3] nach den Grundsätzen der verfassungskonformen Auslegung hält es die §§ 112 IV, 116 StPO nur dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn man die Vorschriften in Übereinstimmung mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip interpretiere. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist danach nicht nur Maßstab für die Gültigkeit eines Gesetzes, sondern auch der Normerkenntnis dienender Auslegungsgrundsatz.[4]

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit findet jedoch nicht nur bei der „verfassungskonformen Interpretation" im eigentlichen Sinn Anwendung, nach der bei mehreren Möglichkeiten zur Deutung eines verfassungsrechtlich angezweifelten Gesetzes diejenige Auslegung als maßgeblich anzusehen ist, bei der die gesetzliche Regelung im Einklang mit der Verfassung steht.[5] Neben dieser, auf

---

1) BVerfG NJW 66, 271; st.Rspr; Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 115, 116

2) Baumann JZ 62, 649 (652); vgl a Tiedemann GA 64, 353 (372); Gentz NJW 68,61

3) BVerfG NJW 66, 241 ff = Bd 19, 342 (348,349); NJW 66,772

4) Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 116; vgl Michel JuS 61, 275; Burmeister S.8

5) vgl.Burmeister S.3; Schack JuS 61, 269 (270); Michel JuS 61, 276; BVerfG 2, 266 (282); 8,38 (41); 18,97 (111); BGH 13, 117

der Gültigkeitsvermutung des Gesetzes[6] beruhenden Methode könnte man auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückgreifen, um unter mehreren, mit der Verfassung vereinbaren Deutungen einer Vorschrift die Auslegung zu finden, die dem Grundgesetz am besten entspricht.[7] Kleinknecht[8] verweist auf dieses Verfahren, soweit er eine Norm „nach dem Rechtsstaatsprinzip" interpretieren will. Die Auslegung müsse den „materialen Wertvorstellungen"entsprechen, die sich aus dem Grundgesetz, namentlich aus den Grundrechten ergäben. Eine Beschlagnahme oder Durchsuchung, die in das Eigentum und Wohnrecht des Beschuldigten eingreife, sei deshalb unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips erst bei abgestuftem, gegenüber §§ 152 II, 160 I StPO stärker konkretisiertem Verdacht zulässig.[9] Diese Deutung entspricht letztlich der Forderung des BVerfG[10], die allgemeinen Gesetze in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung selbst wieder im Lichte dieses Grundrechts zu sehen und auszulegen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip könnte danach in seiner allgemeinsten Ausprägung als Schutz der verfassungsmäßigen Rechte des Beschuldigten auch in der „Wechselwirkung" zwischen grundrechtsbeschränkendem Gesetz und Grundrecht verkörpert sein.

B) Die Grenzen der Auslegung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das Gericht ist grundsätzlich berechtigt, ein Gesetz am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu prüfen und auszulegen.

---

6) BVerfG aaO; st.Rspr; Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 63; Wolff S. 124; Enneccerus-Nipperdey § 51 II 4 c; str.; anders Michel JuS 61, 274, 275 „interpretatorisches Konformitätsprinzip"; Burmeister S. 95 ff

7) vgl Burmeister S. 6/7; 14, 33, 49 „vertikale Normendurchdringung"; Leibholz-Rinck Einf Anm 4

8) Schwarz-Kleinknecht Einl 9 A, D

9) Schwarz-Kleinknecht § 94 Anm 4 A; Kleinknecht NJW 66, 1540

10) BVerfG 7,198 (208); 10, 302; 12, 128; NJW 66, 1605

Die Gefahren dieses Vorgehens dürfen jedoch nicht über= sehen werden. Bedenken erheben sich im Strafverfahren vor allem aus folgenden Gründen:

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verblaßt in seiner allgemeinen Bedeutung als „Rechtsstaatsprinzip" zur vagen Stütze persönlichkeitsfreundlicher Gesetzesaus= legung „im Lichte des Grundrechts."

2.) Die Auslegung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip läßt selten erkennen, in welcher Form der Grundsatz je= weils gebraucht wird: ist es das Prinzip der Verhältnis= mäßigkeit im engen Sinn, ist es das Prinzip der Erforder= lichkeit und des Mindesteingriffs oder der Geeignetheit?

3.) Die Grenzen der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung sind gerade auch beim Prinzip der Ver= hältnismäßigkeit schwierig zu ziehen. Wann ist eine Norm nichtig, wann darf das Gericht eine Vorschrift noch im Sinn des Verhältnismäßigkeitsgedankens interpretieren?

a) Soweit Kleinknecht[11] bei seiner „materialen, grundrechtswertbezogenen Auslegung" auch auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verweist, ist das Gesetz in aller Regel nicht im Sinne der Mittel-Zweck-Proportionalität zu deuten. Maßstab ist vielmehr allein das Grundrecht, das durch den Ermittlungsakt betroffen wird. Der Tatver= dacht bei Maßnahmen nach § 81, 81a, 94, 102 ff StPO soll sich nach der Schwere des Eingriffs abstufen; die Bedeutung des Verfahrens und damit der Zweck der Strafverfolgung bleiben bei der Auslegung außer Betracht (vgl o.S.79aa, 83). In dieser einseitigen Beziehung des Gesetzes auf die ver= letzten Grundrechte des Beschuldigten, die in der „Wechsel= wirkung" zwischen Eingriffsnorm und Grundrecht interpreta= torisch zum Ausdruck kommt, sollte man das Prinzip der Ver=

---

11) Schwarz-Kleinknecht Einl 9 A, 1 E

hältnismäßigkeit nicht mehr sehen. Auslegung in der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte ist kein Problem des Übermaßes. Zwar führt das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf die Bedeutung der Grundrechte zurück. Für den Grundsatz bleibt jedoch typisch die besondere, übermäßige Spannung zwischen den Strafverfolgungsinteressen und den Rechtsgütern des Beschuldigten. Diesem Erfordernis kann es nicht genügen, wenn der Sinn einer Norm unter Beachtung der objektiven Wertordnung der Verfassung ermittelt wird. Die gleichmäßige, generelle Erhöhung des Tatverdachts in den §§ 81 ff, 94, 102 ff StPO beruht deshalb nicht auf dem Verbot des Übermaßes. Auslegung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und Auslegung entsprechend der Bedeutung der Grundrechte sind nicht identisch.

b) Das BVerfG hat die §§ 112 IV, 116 StPO am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen und interpretiert.[12] Untersuchungshaft darf danach nur verhängt werden, wenn - bei dringendem Tatverdacht und begründeten Zweifeln an der Unschuld des Betroffenen - „der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als dadurch, daß der Verdächtige vorläufig in Haft genommen wird." Die Verfolgung anderer Zwecke durch die Untersuchungshaft sei unzulässig; die Verhaftung dürfe namentlich nicht nach Art einer Strafe den Rechtsgüterschutz vorwegnehmen, dem das materielle Strafrecht dienen solle.

aa) Diese Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei den §§ 112 IV, 116 StPO ist im Schrifttum auf Kritik gestoßen. Die Schwere der Mordtat und die zu erwartende lebenslange Zuchthausstrafe ließen für den Grundsatz der

---

12) BVerfG 19, 348, 349; NJW 66, 772

Verhältnismäßigkeit keinen Raum, vgl § 112 I 2 StPO.[13] Wenn wirklich dringender Verdacht eines Verbrechens gegen das Leben vorliege, spreche die Bedeutung der Sache niemals gegen den Erlaß eines Haftbefehls.[14]

bb) Diese Rügen werden der Entscheidung des BVerfG jedoch nicht gerecht. Die Vielgestaltigkeit des Prinzips der Verhältnismäßigkeit i.w.S. verursacht hier ein Mißverständnis, das sich hätte vermeiden lassen, wenn das Verfassungsgericht begrifflich zwischen dem Grundsatz der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S. unterschieden hätte(s.o. S.9). Das BVerfG verwendet nämlich den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht im Sinn des „überstarken", „überschweren" Eingriffs; es betont, der Richter müsse „den Zweck der Untersuchungshaft" im Auge behalten. Damit verweist das BVerfG auf das Prinzip der Geeignetheit einer Maßnahme. Die rechtliche Natur der Verhaftung muß sich wesensmäßig auf die Verwirklichung von Sicherungszwecken beschränken.[15] Die Unerträglichkeit, den „brutalen Mörder" in Freiheit zu dulden,[16] die demonstrative Achtung vor dem Rechtsgut des Lebens,[17] die Schwere der Tat oder der - noch nicht rechtskräftig festgestellten - Schuld[18] können enger als nach Art 5 I c MRK keine Verhaftung rechtfertigen. Ein Freiheitsentzug, der nicht die Durchführung des Strafverfahrens fördern und gegen verbotene Einwirkungen ab-

---

13) Peters LB S. 362

14) E. Schmidt § 112 Rdnr 28 e (Nachtrag)

15) so richtig Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 8 A, B; Dahs NJW 66, 761 (763); Schmidt-Leichner NJW 66, 425 „immanente Flucht- und Verdunklungsgefahr"; a.A. Peters LB S. 362 unter Hinweis auf Art 5 I c MRK; Schwarz-Kleinknecht 25. Aufl § 112 Anm 8; Dünnebier NJW 66, 231

16) Dünnebier NJW 66, 231 (232/233); Oppe NJW 66, 93 (94); ablehnend Baumann JZ 62, 652

17) vgl Stellungnahme des BJM, abgedruckt in BVerfG NJW 66, 243

18) vgl Kanka NJW 66, 429

schirmen soll, ist nicht nur überflüssig und nicht geboten, sondern überhaupt ungeeignet,[19] den rechtsstaatlichen Zweck der Untersuchungshaft zu erfüllen. Das Mittel kann sein Ziel nicht verwirklichen; soweit die Haft in solchen Fällen angeordnet wird, verletzt sie den Freiheitsanspruch des Beschuldigten. Das Verfassungsgericht hätte Zweifel beseitigen können, wenn es sich terminologisch nicht auf den allgemeinen Begriff der Verhältnismäßigkeit im weiten Sinn bezogen hätte.

cc) Ähnlich unbestimmt und vage verwendet das BVerfG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, soweit es ihn in der Fassung des § 112 IV StPO als „Darf" - Vorschrift verkörpert sieht.[20] Wenn der Haftrichter bei dem „leichteren Fall" eines Tötungsverbrechens vom Erlaß einer Maßnahme absieht, so veranlaßt ihn dazu nicht das Mißverhältnis zwischen der Haftdauer und der voraussichtlichen Strafe, §§ 211, 212 StGB.[21] Soweit man die Fassung eines Gesetzes als Ermessensvorschrift überhaupt auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip zurückführen will,[22] sollte man der Klarheit und Verständlichkeit halber unterscheiden, ob das Übermaßverbot i.e.S. oder aber - wie wohl bei § 112 IV StPO - das Erforderlichkeitsprinzip zur Anwendung gelangt.[23]

---

19) Das BVerfG stellt nicht klar, ob es auf den Grundsatz der Erforderlichkeit oder der Geeignetheit abheben will. In NJW 66, 244 2.Spalte formuliert es, eine Verhaftung sei unverhältnismäßig und daher unzulässig, wenn sie für ein geordnetes Strafverfahren oder die Strafvollstreckung „nicht mehr nötig" sei. Richtigerweise wird aber die Erforderlichkeit einer Maßnahme erst geprüft, wenn überhaupt ihre Eignung feststeht. § 112 IV StPO ist daher zuvor am Grundsatz der Geeignetheit zu messen.

20) BVerfG NJW 66, 244; Stellungnahme des BJM in BVerfG NJW 66, 243

21) vgl Peters LB S. 362; s.a. Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 8; Hengsberger JZ 66, 211: § 213 StGB wird in § 112 IV StPO nicht erfaßt.

22) vgl KMR (Sax) Einl 1 d (I) - Auslegung der §§ 245a III StGB, 123 Branntw MonG als Ermessensbestimmungen; Gentz NJW 68, 62; s.a. BGH 9, 96; 18, 279

23) so auch allgemein Lerche S. 194 ff (195)

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verflacht zu einer vagen Billigkeitsnorm, wenn er auch den richterlichen Ermessensspielraum einer Vorschrift rechtfertigen soll. Solche Auslegung verdunkelt den Charakter des Verhältnismäßigkeitsprinzips, sie verwischt die Verschiedenartigkeit der einzelnen Begriffe des Übermaßverbots und erweitert den Grundsatz zu einer verschwommenen, allgemeinen „Härteklausel".

c) Die Auslegung eines Gesetzes nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit erfordert besonders sorgfältige Prüfung, wenn das Gericht die Grenzen der zulässigen Interpretation oder Rechtsfortbildung festlegen soll. Gerade im Strafverfahren gelten die allgemeinen methodischen Schranken der Auslegung: Der Richter darf einer Vorschrift keinen mit Wortlaut und Sinn unvereinbaren Inhalt unterlegen - auch nicht durch verfassungskonforme Auslegung.[24] Nach Michel[25] muß das Gesetz für ungültig erklärt werden, wenn die verfassungskonforme Interpretation „unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Auslegungsmittel so entfernt liegt, daß sie ernstlich nicht mehr erwogen werden kann," d.h., wenn alle oder die gewichtigsten Interpretationsmittel eindeutig für die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes sprechen. Eine Auslegung mit den herkömmlichen Interpretationsmethoden geht der verfassungskonformen Auslegung daher vor.

aa) Die Grenzen zwischen gebotener Nichtigerklärung und zulässiger Interpretation einer Norm sind auch im Strafverfahren bei der Auslegung nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schwierig zu ziehen. Der Richter darf sich des Übermaßverbots als eines Interpretationsmittels bedienen, um die Verhältnismäßigkeitsstruktur eines Gesetzes aufzudecken, die sich im Wortlaut nur unzulänglich abzeichnet.

---

[24] BVerfG 8, 28 (33)

[25] Michel JuS 61, 27 ; s.a. Schack JuS 61, 270, 27

Auslegung ist hier noch erlaubte Sinnermittlung. Das Gericht kann aber das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nicht in eine Norm hineindeuten, ohne dafür Anhaltspunkte in Wortlaut, Systematik oder Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu finden. Diese Grenze verkennt das BVerfG,[26] soweit es § 112 IV StPO nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auslegt. Das Gericht ändert den Haftgrund der „Unerträglichkeit" und der Schwere des Delikts, die dem Gesetzgeber beim Erlaß der Norm vorschwebten,[27] in eine gemilderte Flucht-, Verdunklungs- oder Wiederholungsgefahr um; es sieht eine Haftaussetzung analog § 116 III StPO für zulässig an.[28] Das BVerfG überschreitet damit wohl die Grenzen richterlicher Gesetzesauslegung. Es hätte den § 112 IV StPO für ungültig erklären sollen, nachdem es die rechtsstaatswidrige Zweckrichtung der Norm am Maßstab der Geeignetheit zutreffend aufgedeckt hatte.[29]

bb) Im Strafverfahren kommt dem Prinzip der Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit hohe Bedeutung zu.[30] Das hat der Richter bei der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung zu beachten. Das Gericht darf Lücken einer Norm ausfüllen und eine Vorschrift damit „extra legem", jenseits des noch vom Wortlaut getragenen Gesetzes-

---

26) BVerfG 19, 348, 350; NJW 66, 772

27) vgl Löwe-Rosenberg (Dünnebier) § 112 Anm 14 b Ergänzung; Dünnebier NJW 66, 231 (232, 233); Kanka NJW 66, 425

28) ebenso Schwarz-Kleinknecht § 112 Anm 8; OLG Hamm NJW 65, 1729; OLG Celle JZ 65, 731; LG Dortmund NJW 65, 1392; a.M. Peters LB S. 362 „völlig neue Sinngebung"; Schmidt-Leichner NJW 66, 425; vgl a. OLG Hamburg JZ 65, 730

29) so Dahs NJW 66, 762, 763; Schmidt-Leichner NJW 66, 427; vgl a. E.Schmidt § 112 Rdnr 28 e (Nachtrag)

30) vgl E. Schmidt § 112 Rdnr 28 d, e (Nachtrag); Schmidt-Leichner NJW 66, 428

sinns ergänzen. Die Berufung auf Grundsätze der Ver= fassung berechtigt jedoch nicht dazu, eine Vorschrift „contra legem" fortzubilden und damit ihrem eigentlichen Sinn zuwider umzuformen.[31] Das BVerfG verletzt den Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn es das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einer Norm entgegen ihrem Wortsinn und ihrer Entstehungsgeschichte einprägt. In solchen Fällen muß das Verfassungsgericht die Vorschrift für nichtig erklären.[32]

Z u s a m m e n f a s s u n g III:

1.) Die Auslegung nach dem Grundsatz der Verhältnis= mäßigkeit ist eine Unterart der verfassungskonformen Auslegung; sie deckt das Übermaß in der Mittel-Zweck-Beziehung eines Gesetzes auf. Die grundrechtswertbe= zogene Auslegung verweist demgegenüber ausschließlich auf die persönlichkeitsfreundliche Seite einer Vorschrift. Sie deutet das Eingriffsgesetz einseitig „im Lichte des Grundrechts" und hebt nicht auf die konkrete Spannung zwischen Mittel und Zweck ab.

2.) Auch die Auslegung nach dem Prinzip der Verhält= nismäßigkeit sollte begrifflich klar unterscheiden, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit i.e.S., der Er=

---

31) Schack JuS 61, 274; Peters LB S. 81

32) mißverständlich in diesem Zusammenhang Schwarz-Kleinknecht Einl 10 E: Konsequenzen des Verhältnis= mäßigkeitsgrundsatzes und des Gleichheitsgebots seien stets zu ziehen, selbst wenn der Gesetzgeber eine abschließende Regelung habe treffen wollen. Dieser Gedanke bestimmt die übergesetzliche Abwägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Einzelfall; er gilt aber nicht für die Auslegung und Fortbildung des Gesetzessinns selbst. Abstrakte Sinnermittlung und Einzelfallentscheidung sind richtigerweise zu trennen (vgl allerdings Burmeister S. 51 ff (56,57)).

forderlichkeit oder der Geeignetheit jeweils anzuwenden ist. Soweit das BVerfG prüft, ob eine Haftung nach § 112 IV StPO Sicherungszwecke zu erfüllen hat, hebt es auf die rechtsstaatliche Eignung einer Maßnahme ab. Die Umdeutung einer „Muß"- in eine „Kann"-Bestimmung wird regelmäßig über den Grundsatz der Erforderlichkeit erfolgen.

3.) Für eine Auslegung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bleibt kein Raum, wenn die allgemeinen Auslegungsregeln die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes eindeutig erkennen lassen. Dann kann die Norm nur noch für nichtig erklärt werden. Das BVerfG hat die §§ 112 IV, 116 StPO durch den Einbau von Sicherungszwecken in ihrer klaren Zielrichtung umgeformt; seine Auslegung verstößt gegen das Prinzip der Gewaltenteilung. Die Berufung auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berechtigt nicht dazu, eine Norm im Widerspruch zu Wortsinn, Systematik und Entstehungsgeschichte zu deuten und damit als verfassungsgemäß aufrecht zu erhalten.

IV.) Verhältnismäßigkeit und Ermessen

A) Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Ermessensbestandteil

a) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird in den älteren Gesetzen, etwa in den §§ 14 I, 41 II PVG oder in § 414 III AbgO, aber auch in § 39 IAußenwirtschaftsG vom 28.4.61 (BGBl I 481) dem Ermessen zugerechnet. Die Polizei hat danach „tunlichst" das schonendste Mittel zu wählen; Einziehungen „sollen" in § 414 III AbgO nur angeordnet werden, wenn sie nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der zugrundeliegenden Straftat stehen. Das OLG Hamm[1] folgert aus dem Wortlaut, daß dem Richter „ein Ermessensspielraum auch in den Fällen belassen bleibe, in denen die Unverhältnismäßigkeit der Einziehung offensichtlich sei." [2] Zwar könne der Ermessensspielraum im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Gebot nur gering sein. Das Revisionsgericht dürfe aber trotz festgestellten Übermaßes nicht selbst in der Sache entscheiden, sondern müsse zur erneuten Ausübung des Ermessens an den Tatrichter zurückverweisen.

b) Auch ein Teil des Schrifttums ordnet das Verhältnismäßigkeitsprinzip im Rahmen unbestimmter Billigkeitserwägungen ein.

aa) Im Verwaltungsrecht gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dieser Ansicht als „Kern aller Ermessensklauseln".[3] Er verkörpere den Maßstab der „gesunden Vernunft",[4] den die Polizei bei allen Ein-

---

1) OLG Hamm NJW 62, 828 (829)

2) ebenso Rümelin „Ztschrft f. Zölle und Verbrauchssteuern" 1961, 206 (210). Die Frage, ob das „soll nicht" im Wege verfassungkonformer Auslegung als „darf nicht" zu interpretieren ist, bleibt unerörtert. (s. dazu unten S.140)

3) Haas DÖV 54, 71

4) Drews-Wacke § 10 Nr. 6; S. 168, 170 - anders für das Erforderlichkeitsprinzip

griffen zu beachten habe. Als Akt der Billigkeit sei das Verhältnismäßigkeitsprinzip einer gerichtlichen Nachprüfung grundsätzlich entzogen.[5] Die Verwaltungsbehörden haben bei dieser Ausgestaltung des Übermaßverbots ein Wahlrecht, ob sie den unverhältnismäßig schweren Eingriff unterlassen oder aber im Einzelfall bei Vorliegen besonderer Umstände durchführen sollen.

bb) Im Strafprozeß hat die ältere Lehre das Übermaßverbot in ähnlicher Weise dem richterlichen Ermessen zugeordnet. Kohlrausch[6] betrachtet das Verhältnismäßigkeitsprinzip als eine „allgemeine, nicht nachprüfbare Direktive des Richters" ohne Bindungswirkung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei kein verpflichtender Rechtssatz; die prozessuale und staatsrechtliche Stellung des Richters verbiete diese Annahme. Ein gesetzmäßiger Haftbefehl bleibe trotz übermäßiger Schwere rechtens; der Richter, der eine solche Maßnahme erlasse, könne nicht aus § 341 StGB wegen Freiheitsberaubung im Amt bestraft werden.[7] Das Gericht handle zwar „richtiger", wenn es in Fällen übermäßiger Belastung den Beschuldigten in Freiheit belasse. Werde die Maßnahme jedoch angeordnet, so sei sie legal und damit zulässig, wenn auch in hohem Maße unzweckmäßig.[8]
Diese Meinung trennt die gesetzliche Zulässigkeit des Eingriffs von seiner Zweckmäßigkeit. Das Gericht entscheidet über die Zweckmäßigkeit nach seinem Ermessen und „unter Abwägung aller Gesichtspunkte", auch des Verhältnisses

---

[5] von Krauss S. 16; anders für das Erforderlichkeitsprinzip S. 62 ff

[6] Kohlrausch JW 25, 1442; E. Schmidt § 112 Rdnr 21 - anders Rdnr 7 (Nachtrag)

[7] dagegen zutreffend Baumann „Festschrift f. E. Schmidt" S.536 - Frage des Vorsatzes

[8] E. Schmidt § 121 Rdnr 21

der Maßnahme zur Bedeutung der Sache.[9)]

B) Die Verhältnismäßigkeit als Rechtsbegriff

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt nach der heute in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Meinung die Ermessensausübung der Verwaltungsbehörden.[10)] Eine Maßnahme gilt schlechthin als unzulässig, wenn sie übermäßig in die grundrechtlich geschützten Freiheiten des Bürgers eingreift. Die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist gerichtlich voll überprüfbar.[11)] Ähnlich wie beim Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung bleibt in solchen Fällen kein Raum für ein Handlungsermessen der Behörde. Diese Meinung findet ihre gesetzliche Stütze in den §§ 4 II UZwG, 9 II VwVG, 3 I, VI BLeistG und 5 II Bd-W-PolG: Ein Eingriff muß bei unverhältnismäßiger Schwere unterbleiben; das Ermessen findet seine Grenze in einer Grundsatznorm der Verfassung.[12)]

b) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Strafverfahren ist in den §§ 112 I 2, 113, 120 I StPO gesetzlich niedergelegt. Der Grundsatz ist dort als Maßnahmeverbot gefaßt; bei übermäßig langer Haftdauer hat der Beschuldigte einen Rechtsanspruch auf Entlassung.[13)]

aa) Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verengt die Zulässigkeit strafprozessualer Maßnahmen und des unmittelbaren Zwangs.[14)] Übermäßige Eingriffe sind rechtswidrig.

---

9) vgl LG Göttingen MDR 52, 630

10) vgl BVerwG 16, 87 (91); 17, 125; Bachof II 260, 314; Maunz-Dürig Art 20 Rdnr 118; Reiff § 5 Anm 1; Bender NJW 55, 938

11) Lerche S. 348

12) vgl BVerfG 6, 55 (70 ff)

13) vgl von Stackelberg NJW 60, 1266; KMR (Müller) § 120 Anm 1 b; OLG Bremen NJW 60, 2260

14) Schwarz-Kleinknecht Einl 1 E; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 b, c; 5 a; E. Schmidt § 112 Rdnr 7 (Nachtrag); Kleinknecht NJW 64, 2183; Baumann „Fschrft f. E. Schmidt" 1961, S. 525 (536); Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 83

Wie Müller [15] hervorhebt, kann eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als einer „dem gesamten Verfahren übergeordneten Regel" nicht geringer wiegen als die Verletzung sonstiger, ausdrücklich normierter Zulässigkeitsvoraussetzungen. Unverhältnismäßige Maßnahmen sind deshalb im Strafverfahren schlechthin durch die Verfassung verboten.[16]

bb) Der Wortlaut der §§ 112 I 2, 120 I 1 StPO und der verfassungsrechtliche Rang des Übermaßverbots begründen den zwingenden Charakter des Prinzips im geltenden Recht.[17] Die Strafverfolgungsorgane sind verpflichtet, Eingriffe in den Kern der Grundrechte eines Beschuldigten oder sonst am Verfahren Beteiligten zu unterlassen, Art 19 II GG. Bei übermäßiger Schwere des Eingriffs haben die Ermittlungsbehörden keine Wahlmöglichkeit mehr, wie sie gerade die Ausübung des Ermessens kennzeichnet. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein Rechtsgrundsatz des Strafverfahrens.

cc) Fraglich ist, ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nur bei Ermessensvorschriften Anwendung findet, oder ob die Strafverfolgungsbehörde auch dann im Einzelfall die Folgen eines Eingriffs an der Bedeutung der Sache abzuwägen hat, wenn der Wortlaut einer Norm zu Maßnahmen zwingend verpflichtet. Im Strafverfahren könnte dieses Problem bei der Beschlagnahme nach § 94 StPO bedeutsam werden. Muß das Gericht das Tagebuch eines Verfahrensbeteiligten in Verwahrung nehmen, wenn es nur für eine relativ geringfügige strafrechtliche Untersuchung benötigt wird?

---

15) KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 4 C

16) BVerfG 16, 194 (201);19, 342 ff; vgl a BVerfG NJW 66, 1608

17) vgl E. Schmidt § 112 Rdnr 7 (Nachtrag)

Sax und Kleinknecht weisen zu Recht darauf hin,[18] daß die Strafverfolgungsorgane das Prinzip der Verhältnismäßigkeit auch bei gesetzlich schlechthin zulässigen Eingriffen zu beachten haben. Das ist keine Frage der Gesetzesauslegung oder Lückenausfüllung „contra legem", wie Kleinknecht[19] anzunehmen scheint. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gilt vielmehr als übergesetzliche Schranke aller strafprozessualen Maßnahmen auch bei Mußvorschriften. Das Übermaßverbot untersagt die Vornahme einzelner Maßnahmen aus verfassungsrechtlichen Gründen, gleichgültig, ob die Ermittlungsbehörden zu diesen Eingriffen gesetzlich verpflichtet oder nur ermächtigt sind.

Die verfassungskonforme Auslegung einer Norm kann allerdings mit dieser übergesetzlichen Interessenabwägung Hand in Hand gehen. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips würde in der Praxis erleichtert, wenn auch § 94 StPO als Ermächtigungsvorschrift aufzufassen wäre.[20] § 414 III AbgO ist trotz seiner veralteten Fassung richtigerweise als strikte Verbotsnorm zu interpretieren. Die Grenzen verfassungskonformer Auslegung im Strafverfahren sind bei dieser Deutung noch nicht überschritten.

C) Subsidiarität des Ermessens

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß als übergesetzliche Eingriffsbeschränkung in das Gefüge des Strafprozesses eingegliedert werden. Er ist - dogmatisch gesehen - ein verfassungsrechtliches Zwischenglied, das die Strafverfolgungsorgane nach bejahter gesetzlicher Zulässigkeit und vor Ausübung des Ermessens prüfen werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prägt einen Begriff

---

18) KMR (Sax) Einl 1 d (I); Schwarz-Kleinknecht Einl 9 B, E

19) Schwarz-Kleinknecht aaO (s.o. S. 134 Fsn 31);

20) vgl Schwarz-Kleinknecht § 94 Anm 4 A; KMR (Müller) § 94 Anm 4 b

übergesetzlicher, verfassungsrechtlicher Zulässigkeit.

Die Prüfung des Ermessens setzt die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme voraus: erst jetzt wird seine pflichtgemäße Ausübung bedeutsam. Auch ein angemessener Eingriff kann noch aus allgemeinen Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen unterbleiben. Das Gericht darf von einer Verhaftung oder Durchsuchung absehen, obgleich der Ausschlußgrund mangelnder Verhältnismäßigkeit nicht vorliegt.[21] Nun wird die Entscheidung des Gerichts davon abhängen, ob eine Norm als Muß- oder als Kannvorschrift gefaßt ist.

b) Manche Probleme bei der Ausübung sachgerechten Ermessens liegen auf der Scheidelinie zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Vielfach hängt es von der begrifflichen Eingrenzung ab, ob man eine Frage noch unter das Übermaßverbot einordnen oder aber erst bei der Ausübung des richterlichen Ermessens überprüfen will.

aa) Diese Schwierigkeit zeigt sich beispielsweise im Problem des „verhältnismäßigen" Tatverdachts und der Erfolgsaussicht bei frühzeitigen Eingriffen in bedeutende Grundrechte, etwa bei der Durchsuchung eines Presseverlags.[22] Richtigerweise wird man diese Entscheidung dem Ermessen des Gerichts überlassen. Bei konkretem Tatverdacht nach den §§ 152 II, 160 I StPO sind Eingriffe zulässig; das Gericht kann jedoch unter Beachtung des Grundrechts der Pressefreiheit im Einzelfall von einer - verhältnismäßigen - Maßnahme absehen.

bb) Die Strafverfolgungsorgane werden ferner die Anordnung eines Eingriffs sorgfältig überprüfen, wenn die Einzelinteressen die Bedeutung der Strafverfolgung erreichen oder sogar „verhältnismäßig geringfügig" überwiegen (s.o. S. 58/59). Die Ausübung des Ermessens ist bedeutsam bei Maßnahmen, deren Unverhältnismäßigkeit zwar

---

21) richtig KMR (Müller) § 112 Anm 9 c

22) BVerfG NJW 66, 1607, 1608 (s.o. S. 79 ff (83))

wahrscheinlich ist, aber noch nicht feststeht. Ein Gericht könnte zwar verhältnismäßig, trotzdem aber sehr unzweckmäßig handeln, wenn es bei einer Verhaftung die Schädigung staatlicher Interessen oder politische Gesichtspunkte außer Acht ließe.[23)]

Bei diesen Problemen der Abwägung haben die Strafverfolgungsorgane jedoch die Wahl, einen Eingriff unter Betonung des Legalitätsprinzips und des allgemeinen Gleichheitssatzes vorzunehmen oder aber von ihm abzusehen. Für Gerichte und Staatsanwaltschaft besteht ein Ermessensspielraum, den der Revisionsrichter - anders als beim unbestimmten Rechtsbegriff der Verhältnismäßigkeit - grundsätzlich nicht überprüfen kann.

Z u s a m m e n f a s s u n g IV:

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist im Strafverfahren nicht nur unverbindliche Richtlinie für die Ausübung des Ermessens, sondern eine Ermessensschranke, die das Gericht und die Staatsanwaltschaft beachten müssen. Die verfassungsrechtliche Wurzel des Prinzips und der Schutz der Grundrechte des Beschuldigten ordnen das Übermaßverbot als Rechtsbegriff ein. Die §§ 112 I 2, 120 I 1 StPO weisen darauf hin, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Eingriffsverbot ausgestaltet ist.

2.) Die Strafverfolgungsorgane müssen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur bei Maßnahmen berücksichtigen, deren Vornahme in ihrem gesetzlichen Ermessen steht. Das Verbot unverhältnismäßiger Eingriffe gilt auch für Mußvorschriften. Hier erübrigt sich jedoch die an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit anschließende Frage, ob nicht der angemessene Eingriff aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen unterbleiben kann.

---

23) vgl Kohlrausch JW 25, 1442: Ein Bankier oder Großindustrieller, derzeit unentbehrlich zur Abwicklung wichtiger Staatsgeschäfte, soll wegen Kollusionsverdachts nach verbotenem Zweikampf verhaftet werden.

In manchen Fällen ist die Anwendung des Verhältnis=
mäßigkeitsgrundsatzes eng mit der Ausübung des Ermessens
verflochten. Soweit eine Abwägung gegensätzlicher
Interessen aus den strengeren Rechtsbegriff der Ver=
hältnismäßigkeit ausscheidet, können die zugrunde
liegenden Gesichtspunkte bei der Ermessensprüfung des
Gerichts berücksichtigt werden.

V.) Prozessuale Auswirkungen

A) Das Eingriffsverbot

a) Wie schon oben festgestellt (s.o. S. 116, 122), haben die Strafverfolgungsorgane das Prinzip der Verhältnismäßigkeit als Schranke ihrer Beweiserhebungen und ihrer Aufklärungspflicht zu beachten, vgl §§ 112 I 2, 120 StPO. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verbietet eine bestimmte Art des prozessualen Vorgehens, den übermäßigen Eingriff in die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten. Der Grundsatz ist insoweit jedenfalls ein „Beweisverfahrensverbot".[1)]

b) Dieses Beweisverfahrensverbot gilt nicht nur für die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft oder des Untersuchungsrichters. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist auch in der Hauptverhandlung bei Maßnahmen des erkennenden Gerichts zu beachten, die unmittelbar die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten antasten. So kann die Vernehmung eines Journalisten in kleineren Strafsachen durch ein Frageverbot beschränkt werden, das in Verhältnismäßigkeitsprinzip begründet ist;[2)] die Verlesung eines intimen Tagebuchs oder das Abspielen eines Tonbands in der Hauptverhandlung sind nur zulässig, wenn die Bedeutung des Verfahrens in einem angemessenen Verhältnis zu dem Eingriff in die Persönlichkeitssphäre des Zeugen steht.[3)]

---

1) Schwarz-Kleinknecht Ein 1 Jd; Kleinknecht NJW 66, 1538; Spendel NJW 66, 1102; KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 a

2) vgl Klug S. 35 ff (s.o. S. 123)

3) BGH 14, 359; 19, 325 (331, 333); Evers JZ 65, 661(663); Grünwald JZ 66, 496; s.a. BVerfG 18, 146; enger für die Tagebuchverlesung Peters „Gutachten" S. 153 ff („Beweismittelverbot"); vgl a. Evers aaO S. 665 - absolutes Verbot bei Eingriffen in den Kernbereich der Intimsphäre, Art 1 GG.

aa) Sax[4] rügt die Tagebuchentscheidung des BGH; nach seiner Meinung ist es nicht gestattet, ungeachtet des Akts des Beweiserlangung ein Beweisverwertungsverbot aus Art 2 I GG abzuleiten. Nüse[5] und Kohlhaas[6] pflichten dieser Auffassung bei: Die Verwertung eines in der Hauptverhandlung vorliegenden Beweismittels könne nur als Folge eines Beweisgewinnungsverstoßes im Ermittlungsverfahren ausgeschlossen werden.

Diese Meinung ist unrichtig. Wie Grünwald[7] zutreffend betont, legt die Entscheidung des BGH kein Verwertungsverbot auf Grund eines Fehlgriffs der Ermittlungsbehörden fest, sondern statuiert ein unmittelbares Beweiserhebungsverbot. Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eröffnet daher keine „Art von Opportunitätsprinzip" bei den Verwertungsverboten.[8] Das Übermaßverbot entscheidet nicht darüber, ob die Verwertung eines Beweismittels zweckmäßig ist, sondern schirmt die Rechtsgüter des Beschuldigten vor allzu schwerem strafprozessualem Eingriff ab. Das Grundrecht auf Wahrung der Intimsphäre kann seiner Art nach auch durch Maßnahmen des Gerichts in der Hauptverhandlung verletzt werden.[9] Es ist nicht einzusehen, weshalb die Rechte des Angeklagten in diesem bedeutenden Abschnitt des Verfahrens geringeren Schutz verdienen sollten als während der Ermittlungen. Unverhältnismäßige Grundrechtsverletzungen sind auch dem erkennenden Gericht nicht gestattet. Die Interessenabwägung wird vom Tatrichter schwierige Wertungen verlangen;[10] seine Lage

---

4) KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 a (III); Sax JZ 65, 3

5) Nüse JR 66, 286

6) Kohlhaas DRiZ 66, 289

7) Grünwald JZ 66, 491 (496); ebenso Evers JZ 65, 663

8) Kohlhaas DRiZ 66, 289

9) vgl Evers S. 20 ff

10) s. Peters „Gutachten" S. 147; vgl dazu Sarstedt „Vhdlgn d. 46. DJT" F 13, der das erkennende Gericht zu Unrecht durch eine Interessenabwägung für überfordert hält.

unterscheidet sich darin aber nicht von der des Unter=suchungsrichters oder des Ermittlungsbeamten. Das er=kennende Gericht muß zugunsten des Grundrechtsschutzes der Verfahrensbeteiligten[11] diese Wertabwägung vornehmen.

bb) Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Tonbandaufnahmen und Tagebüchern in der Hauptver=handlung vor dem erkennenden Gericht kann ferner Bedenken erregen, soweit der BGH[12] das Prinzip der Interessenab=wägung ohne Bindung an eine gesetzliche Grundlage ver=wendet (s.o. S. 96, 99 ff). Das Schrifttum[13] verweist zu Recht darauf, daß auch bei Eingriffen in den Persönlich=keitsbereich des Beschuldigten der Grundsatz der Gesetz=mäßigkeit zu wahren ist; die „Interessen der Strafver=folgung" sind keine „Rechte anderer", die der Eigensphäre des Angeklagten nach Art 2 I GG Schranken ziehen könnten.[14]

(1) Das Gericht kann davon ausgehen, daß es nach §§ 244 II, 245 S. 1 StPO grundsätzlich die erschienenen Zeugen vernehmen und die in der Hauptverhandlung vorliegen=den, präsenten Beweismittel verwerten darf. Wie Evers[15]

---

11) Zwar lehnt BGH 19, 331 ein Beweisverbot bei „Aufzeich=nungen eines Straftäters" ab: nur die Entfaltung, nicht aber der Verfall der Persönlichkeit werde in Art 2 I GG geschützt (krit. Dünnebier MDR 64, 968; Händel NJW 64, 1141). Soweit solche Aufzeichnungen aber höchstpersön=licher Art sind, etwa in Tagebuchform angelegt oder sonst als „Ausfluß der Persönlichkeit" erkennbar, muß auch hier das Grundrecht auf Intimsphäre und damit die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anerkannt werden. Eine andere Handhabung widerspräche der Natur des Übermaßverbots und der Unschuldsvermutung. Ein Beweismittel ist nicht schon deshalb verwertbar, weil es vom „Täter" herrührt.

12) BGH 19, 325 (331 ff)

13) vgl Evers S. 33, 51/52, 106; Kohlhaas JR 60, 247; Scupin DÖV 57, 552; einschränkend Kleinknecht NJW 66,1541

14) Maunz-Dürig Art 2 I GG Rdnr 15,39; von Mangoldt-Klein Art 2 I S. 177; Scupin DÖV 57, 552

15) Evers S. 62, 170; JZ 65, 665: §§ 244 II, 238, 239 StPO als gesetzliche Grundlage für Schallaufnahmen vor Gericht; vgl BVerfG 6, 32

richtig feststellt, schränken diese Vorschriften den Persönlichkeitsbereich der Verfahrensbeteiligten in Art 2 I GG über den Begriff der „verfassungsmäßigen Ordnung" ein. Das Gericht bedient sich mit der Aussage des Angeklagten und des Zeugen, dem Gutachten des Sachverständigen, der Urkundenverlesung oder der Einnahme eines Augenscheins herkömmlicher Mittel der Wahrheitsfindung, die nach Art und Umfang begrenzt und in sich geschlossen sind. Rechtsstaatliche Vorbehalte gegen die generalklauselähnlich weite Vorschrift des § 244 II StPO dürften nicht durchgreifen. Die Anwendung dieser Norm erweitert keine Befugnisse des Gerichts unter Berufung auf die zu erfüllende Aufgabe; sie stellt seit jeher geltende Tätigkeiten lediglich auf eine gesetzliche Grundlage. Bedenken, die gegen eine unbegrenzte Eingriffsermächtigung der Polizei nach § 163 StPO im Ermittlungsverfahren sprechen,[16] können nicht auf Maßnahmen des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung übertragen werden. Wenn ein Tagebuch ohne Verfahrensverstoß erlangt ist, darf es der Richter daher grundsätzlich auch verlesen, §§ 244 II, 245 S. 1, 237 StPO. Er muß von einer Verwertung solcher Beweisstücke nur bei unverhältnismäßiger Verletzung der Persönlichkeitssphäre des Beschuldigten oder eines betroffenen Zeugen absehen. Das Gericht kann mit der Anwendung des Übermaßverbots die Schranken des Art 2 I GG im konkreten Fall festlegen.[17]

---

16) vgl BGH NJW 62, 1020; Peters LB S. 157, 352; KMR (Müller) § 163 Anm 1 c; Schwarz-Kleinknecht § 163 Anm 8; Baumann „E. Schmidt-Festschrift" S. 543

17) Nüse JR 66, 285; Maunz-Dürig Art 2 I Rdnr 73; vgl BVerfG 20, 150 ff; JuS 67, 493; 7, 377; a.A. Maunz S.96; Lerche S. 147

B) Verwertungsverbot nach unverhältnismäßigem Eingriff

a) Das Gesetz verbietet die Verwertung eines Beweismittels, das die Strafverfolgungsorgane durch unzulässige Mißhandlung, Täuschung des Beschuldigten oder Gewaltanwendung erlangt haben, § 136 a III StPO; es untersagt ferner die Verlesung einer früheren Aussage, wenn ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, die Aussage zu verweigern, Gebrauch macht, § 252 StPO. Rechtsprechung und Schrifttum haben diesen Kreis der gesetzlichen Verwertungsverbote im Strafprozeß zu erweitern versucht. Aus der „ratio" der verletzten Verfahrensvorschrift,[18] nach der Art und Bedeutung des prozessualen Verstoßes legt das Schrifttum die Grenzen fest, die einer Verwertung unzulässig erlangter Beweismittel gezogen sind. Neben dieser „systematischen Methode"[19] versucht vor allem die Rechtsprechung auf eine mehr „pragmatische" Art und Weise zu Ergebnissen zu gelangen:[20] Sie entscheidet über das Verwertungsverbot von Fall zu Fall nach der Schwere des jeweiligen Verfahrensfehlers. Das BayObLG und das OLG Hamm[21] heben dabei auf die „krasse Verletzung" der Grundrechte oder sonstiger Rechte des Beschuldigten ab. Müller[22] will weiter nach dem konkreten staatlichen Interesse an der Strafverfolgung unterscheiden: Ein irreparabler Verfahrensverstoß, der zur Durchsetzung eines Strafanspruchs wegen Mords noch

---

18) Grünwald JZ 66, 489 (492); Peters „Gutachten" S.97 ff; KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 a (I)

19) Jescheck S. 11

20) BayObLG NJW 66, 416; OLG Hamm NJW 65, 1089; LG Stuttgart JZ 65, 687; KMR (Müller) Vorb § 94 Anm 6 a; Kleinknecht NJW 64, 2181 (2185)

21) aaO

22) KMR (Müller) aaO; ebenso LG Stuttgart aaO

hingenommen werden kann, soll im Verfahren wegen eines Bagatelldiebstahls zur Unverwertbarkeit seines Ergebnisses führen.[23]

b) Die Abwägung nach der „pragmatischen Methode" umfaßt formell und materiell rechtswidrige Beweiseingriffe, ohne auf die Folgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eigens abzuheben. Kleinknecht[24] hat aus der Sicht dieser Methode die Auswirkungen erörtert, die eine Verletzung des Übermaßverbots nach sich zieht; er hat - vorbehaltlich der weiteren Entwicklung der Verwertungsverbote aus verfassungsrechtlichen Gründen - eine Verwertung derart erlangter Beweismittel bejaht. Ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip beeinflusse nicht die Zuverlässigkeit des Beweisergebnisses, das in erster Linie ein Verwertungsverbot begründe. Die Erforschung der materiellen Wahrheit im Strafverfahren, die sich nur aus „überwiegenden Interessen der Gerechtigkeit" einschränken lasse, sei grundsätzlich vorrangig gegenüber einem Verstoß gegen das relative, verfahrensbezogene Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Kleinknecht hat diese Meinung später aufgegeben.[25] Aus verfassungsrechtlichen Gründen anerkennt er nunmehr ein Verwertungsverbot bei Verletzung des Übermaßprinzips. Die gesetzlich nicht geregelten Beweisverbote, die unmittelbar aus den Grundrechten abzuleiten seien, ließen sich auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückführen.[26]

Peters[27] und Grünwald[28] kommen zum gleichen Ergebnis; sie leiten die Unverwertbarkeit eines verbotswidrig erlangten Beweismittels aus dem Wesen des Verhältnis-

---

[23] krit. dazu Grünwald JZ 66, 491; Kohlhaas DRiZ 66, 291

[24] Kleinknecht NJW 64, 2181 (2186)

[25] Kleinknecht NJW 66, 1537 (1539, 1544); Schwarz-Kleinknecht Einl 1 Je

[26] ebenso grsl Klug „Vhdlgn d. 46. DJT" F 66, These 7 b

[27] Peters „Gutachten" S. 97 ff, 128, 142

[28] Grünwald JZ 66, 495/496; s.a. KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 b (I 4)

mäßigkeitsprinzips ab. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit regelt nach ihrer Auffassung nicht nur die Art und Weise, wie die Ermittlungsbehörden verfahrensrechtlich vorzugehen haben. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip schütze vielmehr als Beweismethodenverbot die Rechtsgüter der Prozeßbeteiligten. Der Angeklagte habe das Recht, nur auf Grund solcher Beweise verurteilt zu werden, die ordnungsgemäß und ohne Verstoß gegen ein Beweisverbot erlangt worden seien.[29] Das Gericht dürfe auf dem rechtswidrigen Eingriff in materielle Interessen und Güter des Angeklagten keinen weiteren prozessualen Nachteil aufbauen; eine justizgemäße Verurteilung solle nicht auf solchen Beweisen fußen.

c) Aus der Sicht des Beweiswerts[30] lassen sich keine Bedenken gegen eine Verwertung der Beweismittel ableiten, die bei einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erlangt werden. Das Verbot übermäßiger Eingriffe soll keine Beweisverfälschungen verhüten, wenn auch ein Beweisverbot im Problemkreis der Intimsphäre den Richter schwieriger Beweiswürdigungen zu entheben vermag.[31] Die Zuverlässigkeit eines Beweismittels darf aber nicht abschließend über seine Verwertbarkeit entscheiden;[32] Beweiswürdigung und Beweisverwertung haben grundsätzlich nichts miteinander zu tun.

Ein Verwertungsverbot wegen übermäßig schweren Eingriffs kann ferner nicht nach nordamerikanischem Vorbild als Strafe für unfaires Verhalten der Ermittlungsbehörden gedacht werden.[33] Das Verwertungsverbot soll dem Beschuldigten keine Genugtuung für erlittenes Unrecht bieten. Der deutsche Strafprozeß ist kein Parteienprozeß. Die disziplinären und strafrechtlichen Auswirkungen eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot können nicht die Frage be-

---

29) Peters „Gutachten" S. 97; KMR (Sax) Vorb § 48 Anm 2 a; anders BGH 11, 213

30) Kleinknecht NJW 64, 2185; OLG Oldenburg NJW 55, 683

31) Peters LB S. 269

32) Kohlhaas NJW 57,81

33) Kleinknecht NJW 64, 2185; Jescheck S. 12, 15

einflussen, ob das gewonnene Beweisergebnis verwertbar ist.

aa) Der Sinn eines Verwertungsverbots wegen unverhältnismäßigen Eingriffs ist deshalb in den Erfordernissen eines rechtsstaatlich geordneten Verfahrens zu suchen. Der Satz, daß der Wahrheitsfindung um höherer Interessen willen Grenzen gesetzt sind,[34] gilt auch für die Festlegung der Verwertungsverbote.

(1) Die übermäßig schwere Ermittlungsmaßnahme greift - an Verfahrensbedeutung und Eingriffszweck gemessen - in den Kernbereich des Grundrechts ein.[35] Sie mißachtet in krasser Form die Interessen des Beschuldigten und verletzt das Bedürfnis der Allgemeinheit nach ordnungsgemäßer Prozeßführung. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ein Beweismethodenverbot;[36] er ist mit § 136 a StPO vergleichbar,[37] der bestimmte Verhaltensweisen der Strafverfolgungsorgane schlechthin für jedes Strafverfahren untersagt.

(2) Das Recht kann sich im Strafprozeß nur dann bewähren und seine sozialethischen Forderungen erhellen, wenn es die Persönlichkeit des Einzelnen und seine Grundrechte höher achtet als Überlegungen der Verfahrensnützlichkeit. Der sittliche Anspruch und das Pathos des Strafprozesses widersprechen der stillschweigenden Verwertung eines Beweismittels, das verfassungswidrig erlangt ist und einen unverhältnismäßig geringer wiegenden Strafanspruch stützen soll. Das Gericht darf eine Grundrechtsverletzung nicht noch prozessual gegenüber dem Beschuldigten auswerten und auf diesem Weg mittelbar verstärken.[38] Das

---

34) Peters „Gutachten" S. 93, 163
35) vgl a. Kohlhaas DRiZ 66, 286 (289)
36) Peters „Gutachten" S. 140
37) s. Klug S. 36
38) Grünwald JZ 66, 496

Beweiserhebungsverbot der Unverhältnismäßigkeit zieht deshalb grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich. Der Verlust des Beweisergebnisses unterstreicht die Bedeutung einer Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip; die wertbildende Kraft eines solchen Verwertungsverbots betont die Stellung der Grundrechte im Strafprozeß.

bb) Dieser Ausgangspunkt der Überlegungen führt zu der Frage, ob das unzulässig erlangte Beweismittel verwertbar wird, wenn sich der strafrechtliche Tatvorwurf im Laufe des Verfahrens entscheidend zum Nachteil des Angeklagten verändert. Bleibt ein Beweisgegenstand stets von der Verwertung ausgeschlossen, wenn der Ermittlungseingriff gegen das Übermaßverbot verstoßen hat? Oder darf das Gericht den Angeklagten auf Grund des gewonnenen Beweises verurteilen, weil der Eingriff - im Rahmen der erheblich schwereren Anklage - nachträglich in anderem Licht und „angemessen" erscheint?

(1) Kleinknecht[39] lehnt in diesen Fällen ein Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ab. Wenn sich der strafrechtliche Vorwurf im späteren Verfahren wesentlich verstärke, werde die vorher unerlaubte Maßnahme zulässig. Die Rechtswidrigkeit bereits vollzogener Maßnahmen entfalle nachträglich mit dem Eintritt der Verhältnismäßigkeit. Da die Voraussetzungen des Übermaßverbots beseitigt seien, bestehe auch kein Beweisverbot mehr.

(2) Ein übermäßig schwerer Eingriff wird jedoch richtigerweise nicht gerechtfertigt, weil die weitere Aufklärung des Sachverhalts - vielleicht gerade auf Grund des gewonnenen Beweismittels - neue den Beschuldigten belastende Tatsachen erbringt. Die Strafverfolgungsorgane bewerten die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme nach der Sachlage im Zeitpunkt der Eingriffsvornahme.

---

[39] Kleinknecht NJW 66, 1537 (1540, 1544)

Eine Maßnahme bleibt verhältnismäßig und damit rechtmäßig, obgleich sich ihre Beurteilung infolge veränderter Umstände nachträglich als unrichtig herausstellt.[40] Für das Übermaß eines Eingriffs muß dieselbe Überlegung gelten: Die unverhältnismäßige und damit unzulässige Maßnahme wird nicht dadurch rechtmäßig, daß der Eingriff aus der Sicht eines späteren Verfahrensabschnitts und gegenüber einem erschwerten Tatvorwurf „angemessen" erscheint.[41] Die Wertung des Prinzips läßt sich nicht durch eine Betrachtung „ex post" verändert.

(3) Der Verstoß der Ermittlungsbehörden gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann damit keine nachträgliche Rechtfertigung erfahren. Dennoch ist es richtig, in solchen Fällen späterer Änderung der Rechtslage das Verwertungsverbot entfallen zu lassen, jedenfalls soweit es auf dem Verstoß gegen das Übermaßverbot beruht.[42] Im Interesse gerechter Sachentscheidung und im Einklang mit der relativen, verfahrensbezogenen Natur des Verhältnismäßigkeitsprinzips darf das Gericht die gewonnenen Beweise verwerten:

---

[40] BGHZ 45, 30 ff; Baumann JZ 62, 652; Kleinknecht NJW 66, 1540; ebenso Drews-Wacke S. 169;

[41] vgl a. Peters LB S. 368

[42] Es kann hier unerörtert bleiben, ob bei bewußt unverhältnismäßigem, vorsätzlichem Übergriff ein Verwertungsverbot aus Präventivgründen anzuerkennen ist (so Grünwald JZ66, 499; Evers JZ 65, 666; krit. Peters „Gutachten" S. 114) oder ob bei unverhältnismäßiger „Ausholungsmaßnahme" unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Ausforschungsbeweises (Peters LB S. 255, 377) oder des Mißbrauchs strafprozessualer Formen (vgl BVerfG NJW 66, 1608) ergänzende Beweisverbote entstehen können. Diese Verwertungsverbote gründeten nicht auf dem Verstoß gegen das Übermaßverbot, sondern auf der besonderen Motivierung und Zielrichtung des Vorgehens der Strafverfolgungsorgane.

aaa) „Ex nunc" betrachtet, entfällt für das erkennende Gericht der sittliche und verfassungsrechtliche Makel der Verwertung. Das Mißverhältnis zwischen der Bedeutung der Strafsache und dem prozessualen Eingriff besteht nicht mehr im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Die Relativität des Übermaßverbots, dessen Unwerturteil an dem jeweiligen Stand des Verfahrens anknüpft, erfordert in solchen Fällen keinen weiteren Schutz des Beschuldigten. Die Verwertung eines Beweismittels, das auf einem gesetzmäßigen, eigentlich zulässigen Eingriff beruht, erscheint im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wieder „angemessen".

Das Gericht muß deshalb von einer Verwertung des Beweisstücks nur dann absehen, wenn das Verfahren denselben oder doch einen vergleichbar schweren Tatvorwurf wie im Zeitpunkt des Ermittlungsverstoßes beinhaltet.[43] Das Verwertungsverbot bei unverhältnismäßigen Eingriffen ist nicht notwendig dem Beweisverbot angeschlossen, sondern beweglich mit dem Ablauf des Verfahrens und der Schwere der Beschuldigung verknüpft.

bbb) Ob ein Beweismittel verwertbar ist, entscheidet erst das Gericht, das auf Beschwerde hin oder in der Hauptverhandlung mit der Sache befaßt ist. Das Vorliegen eines Verwertungsverbots kann danach längere Zeit in der Schwebe bleiben.[44] Das Verwertungsverbot, das auf den konkreten Tatvorwurf im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung abgestimmt ist, wird jedoch das Gericht vor überflüssigen Formalien bewahren. Im Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung könnten die Strafverfolgungsorgane das dem Beschuldigten ausgehändigte Beweismittel erneut beschlagnahmen.[45] Angesichts der veränderten

---

43) Schwarz-Kleinknecht Einl 1 Je; vgl a. Dünnebier MDR 64, 967; Händel NJW 64, 1141

44) vgl Sax JZ 65, 1(2)

45) vgl E. Schmidt § 94 Anm 14

Interessenlage verstieße diese Maßnahme nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, das keinen Schutz vor nachträglichen, angemessenen Eingriffen gewährleistet. In solchen Fällen ist es angebracht, ein Verwertungsverbot wegen Verstoßes gegen den Übermaßgedanken von vornherein schon auszuschließen.

C) Rechtsmittel

a) Der Beschuldigte kann gegen eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Beschwerde oder Revision einlegen, §§ 304 ff, 333 ff StPO, und nach Erschöpfung des Rechtswegs Verfassungsbeschwerde erheben, § 90 BVerfGG.

Die Revision muß sich auf keinen übermäßigen Eingriff in den eigenen Rechtskreis stützen.[46] Der Verstoß gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit begründet ein Verwertungsverbot bei Maßnahmen gegenüber dem Beschuldigten oder anderen Verfahrensbeteiligten. Maßgeblich ist, daß das Gericht solche Beweismittel zum Nachteil des Angeklagten verwertet, er also beschwert ist, und das Urteil auf der unrichtigen Verwertung beruht.[47] Der Angeklagte hat ein Recht auf justizförmiges Verfahren und prozeßordentliche Behandlung.[48]

Das Revisionsgericht darf die Verletzung nur auf Rüge des Beschwerdeführers überprüfen. Das gilt auch dann, wenn eine Maßnahme der Strafverfolgungsbehörden bei Tonbandaufnahmen oder Tagebuchverwertung die Eigensphäre des Beschuldigten verletzt.[49]

---

46) Peters „Gutachten" S. 142; anders BGH 11, 213; LM § 81 c Nr.1; vgl a. Grünwald JZ 66, 489 (495 ff)

47) vgl E. Schmidt JZ 58, 596

48) Peters „Gutachten" S. 97, 142

49) s. BGH 19, 273; anders Peters „Gutachten" S. 154 für Eingriffe in die Intimsphäre

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist kein Ermessensbegriff, sondern zählt zu den unbestimmten Rechtsbegriffen. Seine Abwägung enthält jedoch einen Bewertungsspielraum,[50] den das Revisionsgericht zu beachten hat. Problematische Werturteile des Ermittlungsrichters sollten nicht durch Abwägungen ersetzt werden, die wegen geringerer Sachnähe in der höheren Instanz noch schwieriger erscheinen.[51]

Die Gerichte wachen darüber, daß die Wertmaßstäbe der Verfassung bei strafprozessualen Maßnahmen nicht grundsätzlich verkannt werden. Eine Entscheidung ist aufzuheben, wenn sie das Problem des Übermaßes grob mißachtet.[52] Die Entwicklung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und seine Bedeutung für das heutige Strafverfahren hängen maßgeblich davon ab, ob Revisionsrichter und Verfassungsrichter das Wertprinzip vorsichtig und mit der nötigen Zurückhaltung anzuwenden wissen.

Z u s a m m e n f a s s u n g V:

1.) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verkörpert ein Beweisverbot im Ermittlungsverfahren. In der Hauptverhandlung schirmt seine Anwendung die Intimsphäre der Verfahrensbeteiligten vor einschneidenden Eingriffen des Gerichts ab, Art 2 I, 1 GG, und führt bei der Vernehmung eines Journalisten zu einem Frageverbot. Das Verbot des Übermaßes setzt der Aufklärungspflicht des erkennenden Gerichts Schranken, §§ 244 II, 245 S. 1 StPO.

---

50) Peters „Gutachten" S. 141; Heinitz JR 64, 441 (444)

51) vgl Bachof I 2 B 108, 109

52) BVerfG NJW 66, 1113; Bd 18, 93; 343

2.) Der Verstoß gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit bei der Beweiserhebung zieht grundsätzlich ein Verwertungsverbot nach sich. Der Beschuldigte hat einen Anspruch auf justizgemäßes Verfahren. Der Mißgriff der Ermittlungsbehörden darf ihm keinen weiteren prozessualen Nachteil bringen; die verletzten Grundrechte des Beschuldigten wirken sich in einem Verwertungsverbot aus.

Das Gericht kann ein unzulässig erlangtes Beweismittel verwerten, wenn das Mißverhältnis zwischen Strafverfolgungsinteresse und verletztem Grundrecht im Lauf des Verfahrens nicht fortbesteht. Der Stand des Verfahrens in der Hauptverhandlung entscheidet über die Zulässigkeit der Beweisaufnahme. Die Relativität des Grundsatzes und die Gesetzmäßigkeit des Eingriffs widersprechen einer strengen Verknüpfung von Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot.

3.) Der Beschuldigte kann gegen die Verletzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips Rechtsmittel einlegen. Die Revision ist zulässig bei jedem Verstoß gegen das Verwertungsverbot. Der Revisionsrichter muß jedoch bei Überprüfung des Verhältnismäßigkeitsprinzips den Beurteilungsspielraum des Instanzgerichts beachten.

Literaturverzeichnis

Otto Bachof	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht, Bd I 1963; Bd II 1967
Jürgen Baumann	Die Bedeutung des Art. 2 GG für die Freiheitsbeschränkungen im Strafprozeß, in Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961 S. 525
	Neue Haftgründe, JZ 62, 649; 689
	Unterbringungsrecht, 1.Aufl. 1966
Ernst Beling	Deutsches Reichs-Strafprozeßrecht, 1928
	Recht und Pflicht der Prozeßparteien zur Anwesenheit in der Verhandlung bei Beweiserhebung über ihren Geisteszustand, ZStrW 30, 39 ff
Bernd Bender	Verhältnismäßigkeit und Vermeidbarkeit des Verwaltungshandelns, NJW 55, 938
Joachim Burmeister	Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, 1966
Carl Creifelds	Die Begründung des Haftbefehls nach dem StPÄG, NJW 65, 946
Hans Dahs	Die kleine Strafprozeßreform, NJW 65, 81
	Verfassungswidrige Untersuchungshaft, NJW 66, 761
Hans Dahs jun.	Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, 1965
Wilhelm Dallinger	Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, MDR 52, 569; 56, 272
Georg Diller	Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JR 66, 161
Heinz Dreves	Die Bestimmungen des StPÄG über den Haftbefehl, DRiZ 65, 110
Drews-Wacke	Allgemeines Polizeirecht, 7.Aufl. 1961

Hanns Dünnebier	Die Tagebuchentscheidung des BGH, MDR 64,965
	Untersuchungshaft bei Verbrechen wider das Leben, NJW 66,231
Günter Dürig	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81,117
	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 53,193
Karl Engisch	Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960
Josef Esser	Wandlungen von Billigkeit und Billigkeits=rechtsprechung im modernen Privatrecht, in summum ius, summa iniuria, 1963 S.22
Hans-Ulrich Evers	Privatsphäre und Ämter für Verfassungs=schutz, 1960
	Verletzung des Postgeheimnisses(Art10 GG) und Beweisverwertungsverbot im Strafprozeß, JZ 65,661
Ernst Forsthoff	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd I, 8.Aufl 1961
	Der Persönlichkeitsschutz im Verwaltungs=recht, in Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag 1964, S. 41
Otto Franz	Das Zwangsmittel nach § 230 II StPO und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, NJW 63, 2264
Ernst-Werner Fuß	Pressefreiheit und Geheimnisschutz, NJW 62, 2225
Manfred Gentz	Anmerkung zu AG Berlin-Tiergarten, NJW 68,61

Hans-Friedrich Grauhahn	Haftverschonung bei Mord und Totschlag, NJW 65,1367
Günter Gribbohm	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei den mit Freiheitsentziehung verbundenen Maßregeln der Sicherung und Besserung, JuS 67,349
Gerald Grünwald	Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 66,489
Heinz Guradze	Anmerkung zu BVerfG, NJW 60,1243
Karl-Heinrich Hall und Christoph Peter	Dissenting opinion, Pressefreiheit und Strafverfolgungsinteresse, JuS 67,355
Andreas Hamann	Das Grundgesetz, 2. Aufl. 1960
Konrad Händel	Anmerkung zu BGH 19,325, NJW 64,1139
Hermann Hengsberger	Untersuchungshaft und Strafprozeßänderungsgesetz, JZ 66,209
Ernst Heinitz	Gedanken zur Strafprozeßreform, JR 61,241
	Die Verwertung von Tagebüchern als Beweismittel im Strafprozeß, JR 64,441
Heinrich Henkel	Strafverfahrensrecht, 1954
	Recht und Individualität, 1958
Roman Herzog	Die Rechtsprechung des BGH zu Art 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention, JZ 66,657
Eike von Hippel	Umwelt und Recht, NJW 67,539

Heinrich Jagusch	Pressefreiheit, Redaktionsgeheimnis, Bekanntmachen von Staatsgeheimnissen, NJW 63,177
	Rechtsnorm und Normsituation, SJZ 47,295
Hans-Heinrich Jescheck	Recht und Praxis der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, GA 1962,65
	Beweisverbote im Strafprozeß, rechtsvergleichendes Generalgutachten, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd I Teil 3 B
Karl Kanka	Das Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG) von 1964, MDR 65,245
	Untersuchungshaft bei Mord, Totschlag und Völkermord, NJW 66,428
Eduard Kern	Schutz des Lebens, der Freiheit, des Heims, in Die Grundrechte, Bd II 1954 S.51
Theodor Klefisch	Zur Reform der Untersuchungshaft, JW 25,1446
Theodor Kleinknecht	Die Anwendung unmittelbaren Zwangs bei der Blutentnahme nach § 81 a, NJW 64,2181
	Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG), JZ 65,113
	Entscheidungen über die Untersuchungshaft, MDR 65,781
	Die Beweisverbote im Strafprozeß, NJW66,1537
KMR (Müller-Sax)	Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungs- und Ordnungswidrigkeitengesetz, 6. Aufl 1966
Ulrich Klug	Gutachten zur Frage verfassungskonformer Auslegung strafprozessualer Vorschriften unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechts der Pressefreiheit, 1964
	Beweisverbote im Strafprozeß, Referat in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd II Teil F

Max Kohlhaas	Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozeß, NJW 57,81
	Das Zeugnisverweigerungsrecht der Journalisten, NJW 58,41
	Die neuen wissenschaftlichen Methoden der Verbrechensaufklärung und der Schutz der Rechte des Beschuldigten, JR 60,246
	Die Rechte der Einzelpersönlichkeit im Widerstreit zu den Belangen der Strafrechtspflege, JurJhb Bd 4 S.50
	Zum Zeugnisverweigerungsrecht der Presse, Arch. f. Presserecht 1963 S.395
	Beweisverbote im Strafprozeß, DRiZ 66,280
Edmund Kohlrausch	Die Untersuchungshaft, JW 25,1441
Rudolf Kühne	Die Freiheit der Person, DRiZ 63,179
Rupprecht von Krauss	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, 1955
Herbert Krüger	Der Wesensgehalt der Grundrechte i.S. des Art 19 II GG, DÖV 55,597
	Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 56,550
Leibholz-Rinck	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1966
Peter Lerche	Übermaß und Verfassungsrecht, 1961
Martin Löffler	Der Zeugniszwang gegen Presse und Rundfunk, NJW 58,1215
Löwe-Rosenberg	Die StPO und das GVG, 21. Aufl.1963 (Ergänzungsband 1967)

von Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz, Bd I, 2.Aufl. 1957
Theodor Maunz	Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl. 1962
Maunz-Dürig	Das Grundgesetz, 2. Aufl. 1963
Helmut Michel	Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 61,274
Hans-Peter Möhl	Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Straf- und Disziplinarverfahren, 1963
Karl-Heinz Nüse	Zu den Beweisverboten im Strafprozeß, JR 66,281
Wilfried Oppe	Der unbenannte Haftgrund des § 112 IV StPO NJW 66,93
Karl Peters	Strafprozeß. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1966; 1. Aufl. 1952
	Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, 1932
	Individualgerechtigkeit und Allgemeininteresse im Strafprozeß, in summum ius, summa iniuria, 1963 S.191
	Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd I Teil 3 A
Ernst Philipp	Das künftige Haftrecht und seine Folgen, DRiZ 65,83
Rebmann-Ott-Storz	Das baden-württembergische Gesetz über die Presse, 1964
Hermann Reiff	Polizeigesetz für Baden-Württemberg, 1956
ORegRat Rümelin	Die Neuregelung der Einziehung in der RAO, Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern, 1961, 206

Hans Heinrich Rupp	Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten, in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages 1966, Bd I Teil 3 A
Werner Sarstedt	Beweisverbote im Strafprozeß, Referat in Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, 1966 Bd II Teil F
H. Sauer	Anmerkung zu LG Berlin, NJW 60,2256
Wilhelm Sauer	Grundlagen des Prozeßrechts, 1. Aufl. 1919
Walter Sax	Grundsätze der Strafrechtspflege, in Die Grundrechte, Bd III 1959 S. 909
	Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel, JZ 65,1
Friedrich Schack	Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 61,26
Wilfried Schaumann	Gleichheit und Gesetzmäßigkeitsprinzip, JZ 66,728
Eberhard Schmidt	Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, 2. Aufl. 1964; Teil II, 1957 (Nachtrag 1966)
	Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ 58,596
	Zur Lehre von den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, NJW 62,664
	Zur Problematik der Entziehung der Verteidigungsbefugnis, NJW 63,1753
	Hans Dahs jun: Das rechtliche Gehör im Strafprozeß -Besprechung- JZ 65,733
Erich Schmidt-Leichner	Untersuchungshaft und Strafprozeßreform, NJW 61,337
	Das neue Recht im Strafverfahren, NJW 65,130
	Untersuchungshaft und Grundgesetz, NJW 66,42

Hermann Walter Schmidt	Das Vorführungsrecht der Polizei, NJW 62,2190
Carl Schmitt	Über die drei Arten des wissenschaftlichen Denkens, 1934
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 13. Aufl. 1967
Dietrich Schultz	Der Einfluß des § 26 StGB auf die Dauer der Untersuchungshaft, JR 63,297
Günther Schultz	Blick in die Zeit, MDR 66,572
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 1967
Schwarz-Kleinknecht	Strafprozeßordnung, 27. Aufl. 1967; 25. Aufl. 1965
Hans-Ulrich Scupin	Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Tonbandaufnahmen im polizeilichen Ermittlungsverfahren, DÖV 57,548
LG-Dir Siegert	Haftunfähigkeit von Untersuchungsgefangenen, JW 25,929
Günter Spendel	Beweisverbote im Strafprozeß, NJW 66, 1002
Curt Freiherr von Stackelberg	Anmerkung zu OLG Bremen, NJW 60,1265
Klaus Tiedemann	Gleichheit und Sozialstaatlichkeit im Strafrecht, GA 64,353
	Anmerkung zu BayObLG NJW 64,459 in JZ 64, 625
	Zum Fortgang des Streits um die Zulassung von V-Leuten im Strafprozeß, MDR 65,870
	Strafrecht und Wahlrecht, NJW 67,1013

Gerhard Wacke	Das Bundesgesetz über unmittelbaren Zwang, JZ 62,137
August Wimmer	Anmerkung zur Europäischen Kommission für Menschenrechte, NJW 63,2247
Horst Woesner	Die Menschenrechtskonvention in der deutschen Strafrechtspraxis, NJW 61,1381
Hans J. Wolff	Verwaltungsrecht I, 6. Aufl. 1965

Bundesregierungsentwurf zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG), Drucks IV/178/1962

Bundesratsentwurf zum Zeugnisverweigerungsrecht der Presse, Drucks 347/3/1963

L e b e n s l a u f.

Ich wurde am 21.2.1941 als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Wilhelm Schütz und seiner Ehefrau Ruth geb. Rehm in Heilbronn-Neckargartach geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Am 16.3.1960 legte ich als Schüler des Theodor-Heuß-Gymnasiums in Heilbronn die Reife= prüfung ab. Im Frühjahr 1960 begann ich mein juristisches Studium; nach jeweils 2 Semestern an den Universitäten in Köln und München und weiteren 5 Semestern an der Universität Tübingen bestand ich am 3o.11.1964 die Erste Juristische Staatsprüfung. Seither stehe ich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg.